

IN HET AANGEZICHT VAN DE DOOD
EUTHANASIE EN WETGEVING:
ARTSEN EN JURISTEN OP DE UITERSTE GRENS

In het aangezicht van de dood

Euthanasie en wetgeving: artsen en juristen op de uiterste grens

Facing Death and Dying

*Euthanasia and Legislation: the Outer Limits of Medical
and Judicial Professional Behaviour*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. R.C.M.E. Engels

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 12 november 2020 om 15:30 uur

door

Veerle Elisabeth van de Wetering
geboren te Rotterdam

PROMOTIECOMMISSIE:

<i>Promotoren</i>	Prof.dr. A. van der Heide Prof.mr. P.A.M. Mevis
<i>Overige leden</i>	Prof.dr. A.A.E. Verhagen Prof.mr. P.A.M. Verrest Prof.dr. C. van Zuylen

Ter nagedachtenis aan mijn moeder Dina Radstake (1961-2005)
en voor mijn vader Leo van de Wetering

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1	Inleiding	11
1.1	De Wtl door tijd en achtergrond bepaald – een persoonlijk voorwoord	11
1.2	De onderzoeksvraag	17
1.3	Methodiek en opbouw onderzoek	18
1.4	Tot slot	21
HOOFDSTUK 2	De Wtl na twintig jaar	23
2.1	De Wtl als product van de tijdgeest	23
2.1.1	<i>Het academisch debat</i>	24
2.1.2	<i>Ontwikkelingen binnen de jurisprudentie</i>	26
2.1.3	<i>Ontwikkelingen op medisch-ethisch vlak</i>	27
2.1.4	<i>De politieke context als meebepalende factor</i>	29
2.2	Geldend recht: hoe is euthanasie in Nederland geregeld?	30
2.3	Heersend beeld van functioneren Wtl in de praktijk en maatschappij is overwegend positief	33
2.4	Onderbelichte problematiek binnen de Wtl	26
2.4.1	<i>Afbakeningsproblematiek</i>	36
2.4.2	<i>Meldplicht</i>	41
2.4.3	<i>Rechtsvorming, ook in zorgvuldige zaken</i>	44
2.4.4	<i>Grenzen aan de Wtl?</i>	47
2.4.5	<i>Barmhartigheid en levensbeëindiging bij kinderen</i>	48
2.4.6	<i>Hulp bij zelfdoding door de niet-arts straks mogelijk?</i>	48
2.5	Afsluiting van dit hoofdstuk: de Wtl onder druk (?)	50
HOOFDSTUK 3	Ärztliche Sterbebegleitung in den Niederlanden: kontrollierte Ausnahme	53
	Nederlandse samenvatting	52
3.1	Einführung	53
3.2	Historische Entwicklung	54

3.2.1	<i>Strafgesetzbuch 1886 = Strafgesetzbuch 2018; die Strafbestimmungen des Artikel 293 und Artikel 294 StGB-NL</i>	54
3.2.2	<i>Wie sind ‚wir‘ an diesen Punkt gekommen? Anlauf zum Sterbehilfegesetz; die Grundsatzentscheidung des Hoge Raad (Strafkammer) von 27.11.1984</i>	57
3.3	<i>Inhalt und Modalitäten des StGB-NL und des ‘Sterbehilfegesetzes’</i>	59
3.3.1	<i>Kodifikation der Sorgfaltskriterien</i>	60
3.3.2	<i>Der Spezielle Rechtfertigungsgrund von Artikel 293 II StGB-NL</i>	61
3.3.3	<i>Die regionalen Kontrollkommissionen</i>	64
3.4	<i>Wirkung des Gesetzes; Rechtssicherheit für den Arzt: Dokumente für mehr Halt</i>	69
3.4.1	<i>Relevante Daten und Zahlen</i>	69
3.4.2	<i>Rechtssicherheit: Dokumente, die dem Arzt mehr Halt geben; Code of Practice</i>	73
3.5	<i>Einige wichtige Herausforderungen und Diskussionen</i>	74
3.5.1	<i>Systemlücke?; Abgrenzung zu palliativer Fürsorge ist unklar und problematisch</i>	75
3.5.2	<i>Anwendung des Gesetzes/Sterbehilfe bei psychiatrischem Leiden</i>	78
3.5.3	<i>Anwendung des Gesetzes bei Demenz/Willenserklärung</i>	80
3.5.4	<i>Erweiterung der Strafflosigkeit bei assistiertem Suizid?; Assistierter Suizid bei ‚vollendetem Leben‘?</i>	85
3.6	<i>Schluss</i>	87

HOOFDSTUK 4 De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de ‘Typizität’ van levensbeëindigend handelen 91

4.1	<i>Inleiding</i>	91
4.2	<i>Nadere duiding van euthanasie en palliatieve sedatie</i>	92
4.3	<i>Drie aspecten ter onderscheiding; (be)handelwijze, doel en levensverwachting</i>	94
4.3.1	<i>De (be)handelwijze als criterium voor onderscheid?</i>	94
4.3.2	<i>Het doel, het opzet en het te verwachten effect als onderscheidend criterium?</i>	95
4.3.3	<i>(Bepaalde) levensverwachting als helder criterium?</i>	97
4.3.4	<i>Conclusie: geen onderscheid mogelijk op basis van de drie aspecten</i>	99
4.4	<i>De tot nu toe gevoerde discussie omtrent het (bewust) bespoedigen van de dood bij palliatieve sedatie in de rechtsvorming en de rechtstoepassing</i>	100

4.4.1	<i>Verdiert evidentie wellicht toch uitdrukkelijke regeling?; het voorstel van de Staatscommissie Euthanasie</i>	100
4.4.2	<i>De andere benadering van Ch. J. Enschedé</i>	101
4.4.3	<i>Driemaal is scheepsrecht?</i>	103
4.4.4	<i>Herhaling in twee Wtl evaluaties</i>	104
4.4.5	<i>De moeilijkheid van afbakening in de praktijk: de zaak V.</i>	105
4.5	<i>Via het huidige toetsingsmechanisme een antwoord op overlappend gebied?</i>	108
4.5.1	<i>Palliatieve sedatie onder competentie Regionale Toetsingscommissies Euthanasie</i>	109
4.5.2	<i>Poging in de praktijk; verzoek tot toetsing palliatieve sedatie</i>	109
4.6	<i>Tussenstand in opmaat naar mogelijke oplossingen</i>	110
4.7	<i>Een verkenning van enkele mogelijke oplossingen voor het probleem</i>	112
4.7.1	<i>Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid</i>	112
4.7.2	<i>Juridisch handvat van tekstinterpretatie de oplossing?</i>	113
4.7.3	<i>Naar Duits voorbeeld: Typizität</i>	115
4.8	<i>Conclusie</i>	120

HOOFDSTUK 5 De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect
in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp
bij zelfdoding 123

5.1	<i>Inleiding: de betekenis van de meldplicht in het strafrechtelijk controlemechanisme</i>	123
5.2	<i>Het melden in cijfers</i>	126
5.3	<i>De meldplicht binnen de regeling in geval van (niet-)natuurlijk overlijden</i>	131
5.4	<i>Consequentie van het niet naleven van de meldplicht</i>	137
5.5	<i>Knelpunten en oplossingen</i>	142
5.6	<i>Afsluiting</i>	152

HOOFDSTUK 6 Classification of end-of-life decisions by Dutch
physicians: findings from a cross-sectional survey 155

	<i>Nederlandse samenvatting</i>	154
6.1	<i>Introduction</i>	155
6.2	<i>Methods</i>	157

6.3	Results	158
6.4	Discussion	160
6.5	Conclusion	162

HOOFDSTUK 7 De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag 165

	Geselecteerde jurisprudentie	165
7.1	Inleiding	184
7.2	Rechtsgoederen en de relatie tot de strafbepaling	185
7.3	Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid	186
	7.3.1 <i>Delictsbestanddeelniveau</i>	189
	7.3.2 <i>Typizität</i>	189
	7.3.3 <i>Ontbreken materiële wederrechtelijkheid</i>	192
	7.3.4 <i>Resumé: bewijs, kwalificatie, strafbaarheid</i>	195
7.4	Toepassing bevindingen op de bovenstaande geselecteerde jurisprudentie betreffende enige actuele maatschappelijke thema's	196
	7.4.1 <i>Zedendelicten</i>	196
	7.4.2 <i>Medisch strafrecht</i>	198
	7.4.3 <i>Hennepteelt</i>	202
	7.4.4 <i>EVRM</i>	203
7.5	Enkele noties over verhouding wetgever en strafrechter	205
7.6	Slot	207

HOOFDSTUK 8 Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen van 1-16 jaar 211

8.1	Inleiding	211
8.2	Methode van onderzoek	213
8.3	Resultaten van het onderzoek	214
8.4	Discussie	218
8.5	Conclusie	219

HOOFDSTUK 9	Actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie bij kinderen; grenzen in een diffuus gebied. Een kwalitatief onderzoek onder Nederlandse kinderartsen	221
9.1	Inleiding	221
9.2	Methode	223
9.3	Resultaten	224
9.4	Discussie	229
9.5	Conclusie	230
HOOFDSTUK 10	Opvattingen van Duitse kinderartsen over actieve levensbeëindiging. Een kwalitatief onderzoek	231
10.1	Inleiding	231
10.2	Methoden	232
10.3	Resultaten	233
	10.3.1 <i>Demografische gegevens</i>	233
	10.3.2 <i>Lijden</i>	234
	10.3.3 <i>‘Passive Sterbehilfe’ en palliatieve sedatie</i>	235
	10.3.4 <i>‘Aktive Sterbehilfe’</i>	237
10.4	Discussie	239
10.5	Conclusie	240
HOOFDSTUK 11	De nieuwe Regeling levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen	243
11.1	Inleiding	243
11.2	Voorgeschiedenis levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen; verschil met de Wtl	244
11.3	Inhoudelijke criteria: noodtoestand in de rechtspraak erkend	246
11.4	Het Gronings protocol	247
11.5	Legitimering door wetgever	248
11.6	Evaluatie 2013	249
	11.6.1 <i>Globalere formulering zorgvuldigheidseisen</i>	250
	11.6.2 <i>Interpretatietaak deskundigencommissie</i>	250
	11.6.3 <i>Onduidelijkheid begrip ‘levensbeëindiging’</i>	251
	11.6.4 <i>Onduidelijkheid begrip ‘pasgeborene’</i>	251
	11.6.5 <i>Nog een opmerkelijke constatering</i>	252

11.7	De nieuwe regeling van februari 2016	253
11.8	De nieuwe regeling is niet afdoende	254
11.9	Toezichtmechanisme en controle	255
11.10	Regeling bij wet in formele zin?	256
11.11	Afsluiting	289
HOOFDSTUK 12 Slotbeschouwing: de Wtl na twintig jaar		261
12.1	Inleiding	261
12.2	Voornaamste bevindingen omtrent functioneren wettelijke regeling	262
	12.2.1 <i>Afbakeningsproblematiek</i>	262
	12.2.2 <i>Meldplicht</i>	265
	12.2.3 <i>Rechtsvorming en rechtshandhaving</i>	266
	12.2.4 <i>Strafrecht met mate?</i>	267
	12.2.5 <i>Barmhartigheid en levensbeëindiging bij kinderen</i>	267
12.3	Tussenconclusie: de Wtl onder druk.	270
12.4	Enige oplossingsrichtingen	271
	12.4.1 <i>Rechtsvorming</i>	271
	12.4.2 <i>Betere scholing en voorlichting voor meer (juistere) meldingen</i>	275
	12.4.3 <i>Strafrecht met mate</i>	276
	12.4.4 <i>Uitbreiding regeling kinderen 1-12 jaar</i>	278
	12.4.5 <i>Levensbeëindiging bij pasgeborenen</i>	279
	12.4.6 <i>Zijstap: hulp bij zelfdoding door de niet-arts en het EHRM</i>	279
12.5	Tot besluit	280
	Samenvatting	285
	Summary	291
	Literatuurlijst	295
	Afkortingen	307
	Portfolio	309
	Curriculum Vitae	313
	Woord van dank	315

Inleiding

1.1 De Wtl door tijd en achtergrond bepaald – een persoonlijk voorwoord

Dat wij anno 2020 opnieuw midden in een complex maatschappelijk debat zitten over voorwaarden en praktijk van euthanasie en palliatieve sedatie (en ook over het grensgebied van beide), lag ruim een halve eeuw geleden niet direct voor de hand; net zoals toen, vijftig jaar geleden, de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl) nog niet voor de hand lag.

In dit onderzoek wordt in een aantal afzonderlijke, hierna opgenomen artikelen ingegaan op afzonderlijke aspecten van de bestaande wettelijke regeling inzake euthanasie en hulp bij zelfdoding. Het tweede hoofdstuk bevat daartoe een overkoepelende, inhoudelijke inleiding. Daaraan voorafgaand wil ik in deze inleiding enkele opmerkingen maken over de achtergrond en tijd waarin die regeling tot stand kwam. Dit in het bewustzijn dat deze duiding summier is en op punten willekeurig gekozen. Toch is het wenselijk iets van de context en de ‘tijdgeest’ te schetsen; want ook de nader te analyseren Wtl is een product van zijn tijd, een uitkomst van een – complex – maatschappelijk debat, en een resultante van jurisprudentie uit de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw. Strikt genomen betreft onderstaande duiding van de achtergrond en tijd – die noodgedwongen tot een grove schets op hoofdlijnen beperkt is – geen onderdeel van het onderzoek. Daarom blijft dit eerste onderdeel van deze inleiding in het afsluitende hoofdstuk 12 verder buiten beschouwing.

Het Nederland van kort na de Tweede Wereldoorlog kon zonder al te grote overdrijving nog doorgaan voor ‘een christelijke natie’, met een veelheid aan kerkelijke stromingen en denominaties, meelevende gemeenteleden en kerkelijk gezag. Het percentage Nederlanders dat was ingeschreven bij een kerkgenootschap lag rond de 80%.¹ In politieke zin vertaalde zich dat in het feit dat de macht van de ‘confessionele’ partijen, gemeten naar het aantal zetels in de Tweede Kamer, zeer groot was.

Hoewel theologische inzichten uiteraard per kerkgenootschap en per christelijke denominatie verschilden, werd de gedachte dat God met ons lot en lijden te maken had breed gedragen. Of, sterker uitgedrukt, dat ons lot en lijden samenhangen met ‘de wil van God’. Volgens deze gedachtegang had een mens zijn lot en levenseinde vooral te aanvaarden. Pregnant wordt dit tot uitdrukking gebracht in de bekende tekst van Zondag 10 uit de *Heidelberger Catechismus*, vraag 27. Een document uit de 16e eeuw, maar binnen het protestantisme invloedrijk tot ver in de twintigste eeuw. Zo vinden we in de Nederlandse literatuur de genoemde Zondag 10, vraag 27 met het bijbehorende antwoord nog als motto in de roman *Een vlucht regenwulpen* van Maarten ’t Hart uit 1978. Kennelijk veronderstelde hij deze levensopvatting bij zijn brede lezerskring als vertrouwd. Vraag en antwoord luiden als volgt: ‘Wat verstaat gij door de voorzienigheid Gods? De almachtige en alom tegenwoordige kracht Gods, door welke Hij hemel en aarde, mitsgaders alle schepselen, gelijk met zijn hand nog onderhoudt, en alzo regeert, dat loof en gras, regen en droogte, vruchtbare en onvruchtbare jaren, spijze en drank, gezondheid en krankheid, rijkdom en armoede, en alle dingen, niet bij geval, maar van zijn vaderlijke hand ons toekomen.’

Hoewel de hieruit blijkende gedachtegang dat ons lot en lijden samenhangen met de wil van God, in de jaren na de Tweede Wereldoorlog een belangrijke rol speelde in het denken over het levenseinde, moet daarbij niet uit het oog verloren worden dat de strafbaarstelling van artikel 293 Sr dateert uit veel vroegere tijden, te weten uit 1886. In 1886 werd levensbeëindiging op verzoek strafbaar gesteld als een bijzondere vorm van doodslag, waarmee de wetgever liet zien enige vorm van levensbeëindigend handelen te respecteren: de wetgever stelde levensberoving op verzoek in ieder geval niet gelijk aan moord of doodslag. In zekere zin bestond er toen al iets van erkenning van de wil, wel-

¹ Tienjaarlijkse volkstelling 1960, deel 07B, H2.1, p. 8. Zie ook recent R. Rutten, ‘Gelovigen zijn nu een minderheid’, *NRC*, 23 oktober 2018.

iswaar niet op grond van een zelfbeschikkingsrecht, maar wel in de gedachtegang dat het de feiten van het misdrijf veranderde.

In de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw begonnen de panelen te schuiven. De maatschappelijke en culturele veranderingen, zich uitdrukkelijk in democratiseringsprocessen, individualisering en secularisatie, zouden de samenleving op alle fronten raken.² Het is dan ook niet verwonderlijk dat die geest van verandering tevens waaide door het kerkelijke bedrijf en het theologische denken van die dagen.³ De veranderende maatschappelijke opvattingen leidden ook tot nieuwe vragen op medisch-ethisch gebied. Binnen de medische wetenschap werd steeds meer mogelijk; de potentieel te bieden zorg ging steeds verder. Maar was het ook wenselijk dat deze verdergaande mogelijkheden daadwerkelijk werden toegepast binnen de potentieel te bieden zorg? De terugtrekkende godsdienstige invloed maakte ruimte om een dergelijke vraag en een mogelijk negatief antwoord erop, inclusief de consequenties daarvan, bespreekbaar te maken. Verlengen van het leven van de patiënt was niet langer per se en uitsluitend het hoogste doel van geneeskundig handelen. Dit had overigens niet uitsluitend met autonomie of zelfbeschikking te maken, maar meer nog met de ontstane notie dat levensverlenging niet altijd per se het hoogste doel van geneeskundig handelen hoeft te zijn.

In diezelfde tijd, te weten in 1973, werd een eerste, meteen cruciale rechtelijke uitspraak gedaan over strafbaarheid in verband met het misdrijf van art. 293 Sr, levensbeëindiging op verzoek.⁴ Met deze uitspraak, waarin Rechtbank Leeuwarden de verdachte veroordeelde tot een voorwaardelijke gevangenisstraf, maar tegelijkertijd erkende dat er rechtvaardigingsgronden voor euthanasie kunnen bestaan, werd het debat omtrent levensbeëindiging op verzoek ook binnen de rechtspraak geopend. Later zal blijken dat de 'daad van barmhartigheid', zoals die in deze strafzaak aan de orde is, omdat daarin

² Geert Buelens, *De jaren zestig – een cultuurgeschiedenis*, Amsterdam 2018, Han van der Horst, *De mooiste jaren van Nederland 1950-2000*, Amsterdam 2013, James Kennedy, *Nieuw Babylon in aanbouw – Nederland in de jaren '60*.

³ Te beginnen met het Tweede Vaticaans Concilie 1962-1965, waarmee een democratiseringsproces binnen de rooms-katholieke kerk in gang werd gezet en de mondigheid van haar gemeentelieden voorzichtig werd bekrachtigd. Voorts ontstonden er 'van onderop' vormen van theologie die nadruk legden op menselijk handelen versus 'goddelijke voorzienigheid', zoals de 'God is dood'-theologie, de feministische theologie en de bevrijdingstheologie.

⁴ Rb. Leeuwarden, 21 februari 1973, ECLI:NL:RBL EE:1973:AB5464, NJ 1973, 83.

door een huisarts aan haar moeder een dodelijke injectie morfine wordt toegediend om diens lijden te verlichten, een belangrijke rol speelt in het daarop volgende euthanasiedebat. De behoefte aan barmhartigheid tezamen met de behoefte aan zelfbeschikking zullen de twee belangrijkste pijlers worden waarop de in 2002 in werking getreden euthanasiewet rust. Ook werd in 1973 als reactie op deze rechtspraak de NVVE opgericht, in eerste instantie in de vorm van een bestuursstichting, vanaf 1977 als vereniging. De NVVE had en heeft ten doel a) het bevorderen van een zo breed mogelijke toepassing en maatschappelijke acceptatie van de bestaande wettelijke mogelijkheden van een vrijwillig levenseinde, b) het bevorderen van de maatschappelijke aanvaarding en de juridische regeling van een vrijwillig levenseinde in situaties die niet onder de bestaande wettelijke mogelijkheden vallen en c) het streven naar de erkenning van de keuze voor een vrijwillig levenseinde en de hulp daarbij als een mensenrecht.⁵ Door de activiteiten van deze en andere belangengroepen werd een en ander ook een belangrijk en aandachttrekkend debat in maatschappij en media. Dat is in feite tot op de dag van vandaag nauwelijks veranderd.

Het hierboven zeer summier aangestipte proces van maatschappelijke en culturele verandering draait in de kern om de plaats en de reikwijdte van de zelfbeschikking, en in juridische zin om het zelfbeschikkingsrecht. Sutorius omschrijft zelfbeschikking als de ‘vrijheid om het leven – binnen zekere grenzen – naar eigen keuze in te richten (...)’, het rechtsidee van de vrije autonome mens die door die vrijheid verantwoordelijk wordt.⁶ Waar zelfbeschikking binnen de rechtsgeleerdheid lange tijd gezien werd als een fundamenteel beginsel, lijkt het sinds 2000 in diverse rechtelijke uitspraken te zijn geaccepteerd als een recht. Onder meer blijkt dit uit een uitspraak van de Hoge Raad waarin het hoogste rechtscollege de term ‘zelfbeschikkingsrecht’ expliciet gebruikt.⁷ Maar zoals altijd gaat het dan ook om (de discussie over) de grenzen daarvan in verband met andere belangen. De uitkomst van dergelijke discussies zal gemakkelijk per tijdsgewricht anders uitpakken.

⁵ Statuten NVVE 2019.

⁶ E.Ph.R. Sutorius, ‘Abortus en euthanasie: medisch handelen tussen het respect voor menselijk leven en de vrijheid tot zelfbeschikking’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, p. 421.

⁷ HR, 23 november 2001, NJ 2002, 387.

Euthanasie, maar ook palliatieve sedatie, gaat uiteindelijk om een verregaande vorm van ‘mondig worden’, de bekende notie waarmee Immanuel Kant zijn beroemde essay over de Verlichting uit 1784 opent.⁸ De door Kant beoogde mondigheid is niet alleen een aansporing tot zelfstandig denken en in het verlengde daarvan tot vrijmoedigheid van spreken en handelen, maar ook tot het nemen van verantwoordelijkheid voor het uitgesprokene. De uitspraak van Kant lees ik ook in de richting van een noodzakelijke dialoog, als een ‘vrijbrief’ om met elkaar open in gesprek te treden, en in het kader van het onderwerp van dit onderzoek te kijken naar wat hierbij juridisch gewogen en getoetst dient te worden.

In dat kader: allereerst zijn we ‘kinderen van onze tijd’. Ook ik voel de ‘vrijmaking tot zelfbeschikking’ van de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw stevig in de rug. Het proces van ontkerkelijking had zich al min of meer al bij mijn ouders voltrokken. Afkomstig uit een domineesgezin, liet mijn moeder zich uit de kerk uitschrijven, en mijn vader, die uit een orthodox-hervormde familie stamt, noemt zich met een grijns ‘een geobsedeerde cultuurchristen’. Het enige dat wij kinderen ‘meekregen’ van kerk en christendom waren enkele elementaire verhalen uit de kinderbijbel en de typerende sfeer rond Kerst en Pasen in het huis van mijn grootouders.

Ik voel mij vooral een kind van de Verlichting, met de overigens eigensoortige ingewikkeldheid die dat weer met zich meebrengt. Met het feit dat er geen voorgegeven waarden- en normenstelsel als ‘dominante cultuur’ meer voorhanden is, moeten wij het tastenderwijs zelf uitzoeken, in dialoog met de ander. Anderzijds getuigt het van erg veel pretentie om te denken dat wat in Europa vanaf de Oudheid tot diep in de vorige eeuw ons hele samenleven doordeesemde, ineens achter de horizon zou kunnen verdwijnen. Het christendom is in een tijd van secularisatie langzaam aan het verdwijnen, maar de waarden en de normen waaien hoe dan ook nog op een bepaalde manier rond. De christelijke moraal, die zolang heeft gedomineerd in onze samenleving, hangt nog steeds ‘in de lucht’. En dat is misschien een zinvol correctief voor al te sterk ‘maakbaarheidsdenken’ vanuit de Verlichting.⁹

⁸ Immanuel Kant, *Was ist Aufklärung?* Met de openingszin: ‘Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit.’ Zie in dit verband ook Ger Groot, *De geest uit de fles – Hoe de moderne mens werd wie hij is*, Rotterdam 2017, waarin de auteur het denken van de afgelopen eeuwen beschrijft als een lange worsteling met de erfenis van de religie. Zie in pregnante zin p. 15, 16.

⁹ Zie H.M. Kuitert, ‘Een moraal van het jaar nul? Ethiek-beoefening onderweg naar 2000’, in

Ik beschouw het als een groot voorrecht te mogen deelnemen aan een samenleving waarin de vrijheid van het individu en de principiële gelijkheid voor de wet van elk mens in de grondwet zijn verankerd. In een land waar kerk en staat gescheiden zijn. Waar het democratisch gehalte ook wordt bepaald door de rechten van minderheden, en niet alleen door de macht van het getal. Het adagium van Neil Young 'Keep on rockin' in the free world' beluister ik graag, want veraf en tegenwoordig helaas ook dichterbij is dat geen vanzelfsprekendheid. De rechtsstaat mag dan voor ons wel een vanzelfsprekendheid lijken, maar ten diepste gaat het altijd om een bedreigde veste, 'a candle in the wind'. Die kwetsbaarheid maakt dat hier stilgestaan mag worden bij dat bezit: dat er in Nederland ruimte is vrij na te denken en te spreken over hoe er – rekening houdend met de belangen en omstandigheden van alle betrokkenen, ja van alle *individuen* – over dit delicate onderwerp op de grens van leven en dood gesproken kan worden, én geoordeeld dient te worden.

Op het scherp van de snede, want manoeuvrerend in het aangezicht van de dood, wordt er door artsen als integere professionals op die uiterste grens geopereerd. Bij het uitvoeren van dit onderzoek is enerzijds mijn respect voor hen bepaald niet afgenomen. Integendeel. Anderzijds ben ik er ook van doordrongen geraakt hoe noodzakelijk het is om dit handelen ook juridisch te bepalen en te verankeren.

In de modaliteit die in Nederland met de Wtl is gekozen, waarin het strafrechtelijk systeem euthanasie onder omstandigheden toestaat en controleert, wordt een grote verantwoordelijkheid bij de arts gelegd. De arts dient in geval van euthanasie zijn handelen als bijzonder medisch handelen te herkennen én erkennen, en hiervan vervolgens melding te maken. Pas dan kan het juridisch controlemechanisme in optima forma zijn werking hebben. Maar daarbij is van vitaal belang dat de juridische indeling van het medisch handelen aansluiting vindt bij de ervaringswereld van de arts, en wel op zo'n manier dat artsen en juristen dezelfde taal (kunnen) spreken.

Juist het feit dat wij als samenleving zo zorgvuldig wensen om te gaan met vragen en handelen rondom het levenseinde – maatschappelijk, politiek, medisch en juridisch – pleit voor diezelfde samenleving die de rechten van elk individu *au sérieux* wenst te nemen. Het onderwerp van dit onderzoek is iets

Zijn de dagen van God geteld? Godgeleerde bespiegelingen aan de rand van het millennium, p.57.

kleins, iets minutieus waarin iets groots weerspiegeld wordt: namelijk het belang dat de samenleving hecht aan het individu. Aan de voortgang van het debat over euthanasie in het algemeen, en vooral aan de hier in specifieke zin behandelde problematiek, hoop ik een bijdrage te leveren.

Na deze zeer algemene schets en meer persoonlijke opmerkingen volgt nu het onderzoek, te beginnen met de uitwerking van de onderzoeksvraag van het onderzoek.

1.2 De onderzoeksvraag

Sinds de inwerkingtreding van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding in 2002 hebben drie wetsevaluaties plaatsgevonden, waarvan de uitkomsten overwegend positief zijn. Het heersende beeld is dat de wet, ondanks een aantal grotere discussiepunten, naar behoren functioneert. Toch is het de vraag of hiermee het laatste woord over het functioneren van het wettelijk systeem omtrent euthanasie gezegd is. In dit onderzoek wordt in een aantal afzonderlijke, hierna opgenomen artikelen ingegaan op diverse aspecten van de bestaande regeling. Het tweede hoofdstuk bevat daartoe een overkoepelende, inhoudelijke inleiding.

De volgende onderzoeksvraag vormt gedurende het gehele onderzoek de rode draad:

Functioneert de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar behoren, of spelen er onderliggend meer problemen dan op het eerste gezicht lijkt? En indien van dat laatste sprake is, wat zijn dan de oplossingsrichtingen waaraan gedacht moet worden?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, worden diverse aspecten van de wettelijke regeling omtrent euthanasie nader geanalyseerd. Daarbij wordt bovenstaande onderzoeksvraag steeds als rode draad in het achterhoofd gehouden. Als deelvragen gelden:

- *Hoe verloopt de discussie over de ontwikkelingen binnen de Wtl, en wat voor algemene problemen spelen daarbij?*

- Welke rol speelt rechtsvorming c.q. kan rechtsvorming spelen binnen het bestaande wettelijke kader omtrent euthanasie?
- Kan er een adequate afbakening worden gegeven van euthanasie en palliatieve sedatie, of is er sprake van overlap tussen beide?
- Hoe functioneert de meldplicht van de arts als aspect binnen het strafrechtelijk controlemechanisme?
- Welke factoren hangen samen met het classificeren van de handelwijze (het gebruik van een middel met het uitdrukkelijke doel het levenseinde van de patiënt te bespoedigen) als euthanasie, hulp bij zelfdoding of levensbeëindiging door artsen?
- In hoeverre kan c.q. moet de strafrechter rekening houden met het te beschermen rechtsgoed bij de beantwoording van de vragen van artikel 350 WvSv?
- Welke knelpunten doen zich voor rondom levenseindezorg bij kinderen¹⁰ in de diverse leeftijdscategorieën?

1.3 Methodiek en opbouw onderzoek

In dit onderzoek wordt allereerst op grond van wetgeving, jurisprudentie en literatuur het bestaande recht in kaart gebracht. De aanloop van de Wtl wordt daarbij kort geschetst. De nadruk ligt op de fase na de inwerkingtreding van de Wtl. Door middel van een stapsgewijze benadering wordt voortgebouwd op inzichten die zijn vergaard uit de literatuur, jurisprudentie en wetsgeschiedenis.

Voor de interpretatie van de Wtl is het zicht op de praktijk van belang. Om te laten zien dat wat vanuit theoretisch oogpunt is geproblematiseerd ook in de praktijk terugkomt, is daarom op onderdelen empirisch onderzoek verricht in de vorm van kwalitatieve interviews. Daarnaast zijn relevante delen van bestaande empirische (landelijke) onderzoeken over euthanasie nader geanalyseerd. Een deel van deze bestaande uitkomsten is daarnaast aan een secundaire analyse onderworpen. De empirische gegevens vormen aldus, naast de analyse van het juridisch deel, een belangrijke context voor beantwoording van de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek.

¹⁰ Het vinden van een juiste term voor deze doelgroep (die van pasgeborenen tot 16-jarigen reikt) blijkt lastig.

De opbouw van het onderzoek is als volgt.

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 de stand van zaken opgemaakt van de euthanasiewetgeving in Nederland. Waar staan we nu, bijna twintig jaar na de inwerkingtreding van de Wtl?¹¹ Het academisch debat in de context van de tijd zal eerst worden uiteengezet, gevolgd door het geldend recht omtrent euthanasie. Welke probleempunten bestaan er thans, na bijna twintig jaar euthanasiewetgeving? Omdat een aantal daaropvolgende hoofdstukken is afgestemd op publicatie in betreffende tijdschriften en de door de redactie gestelde maximale omvang van de tekst, bevat hoofdstuk 2 ook enige aanvullende opmerkingen en actualiseringen.

Hoofdstuk 3 bevat een algemeen artikel over het geldend recht in Nederland en sluit aan bij de analyse van hoofdstuk 2. Deze publicatie is geschreven voor een Duitstalig publiek en vormt voor dit onderzoek een overkoepelende beschrijving van het geldend recht en van enige discussiepunten.

In hoofdstuk 4 wordt nader bekeken wat de handelingen van euthanasie en palliatieve sedatie precies inhouden. Aan de hand van drie criteria, geformuleerd in de Richtlijn Palliatieve sedatie, wordt onderzocht of er een adequate afbakening kan worden gegeven van de twee handelwijzen, of dat er sprake is van overlap tussen beide.

In hoofdstuk 5 wordt op basis van een juridisch literatuuronderzoek gekeken naar het functioneren van de meldplicht van de arts, als een aspect binnen het strafrechtelijk controlemechanisme van euthanasie.

In het onderzoek waarvan verslag wordt gedaan in hoofdstuk 6, wordt inzicht verkregen in factoren die samenhangen met het classificeren van de handelwijze (het gebruik van een middel met het uitdrukkelijke doel het levenseinde van de patiënt te bespoedigen) als euthanasie, hulp bij zelfdoding of levensbeëindiging door artsen.

Hoofdstuk 7 beschrijft een onderzoek naar rechtspraak waarbij de vraag centraal staat in hoeverre de strafrechter rekening kan c.q. moet houden met het te beschermen rechtsgoed bij de beantwoording van de vragen van artikel

¹¹ De Wet werd aangenomen op 12 april 2001 en trad in werking getreden op 1 april 2002. In april 2022 zal de wet daarom twintig jaar functioneren.

350 WvSv. Rechtspraak op diverse terreinen, waaronder zeden, hennep teelt en medisch strafrecht, wordt hierbij met elkaar vergeleken.

Vanaf hoofdstuk 8 volgt een aantal thema's die betrekking hebben op levensbeëindiging bij minderjarigen. Allereerst worden enige empirische gegevens over levensbeëindiging bij kinderen op een rij gezet ter onderbouwing van de daaropvolgende teksten.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 9 stilgestaan bij de grens tussen actieve en passieve levenseindebeslissingen bij kinderen van 1-12 jaar. Aan de hand van kwalitatieve interviews onder Nederlandse kinderartsen wordt onderzocht waar de grenzen liggen in dit diffuse gebied.

Hoofdstuk 10 omvat de uitkomsten van een kwalitatief onderzoek onder Duitse kinderartsen waarin hun opvattingen over actieve levensbeëindiging centraal staan. In dit onderzoek wordt inzicht verkregen in de interpretatie van medisch handelen rond het levenseinde door Duitse kinderartsen en de behoefte bij deze artsen aan de mogelijkheid van actieve levensbeëindiging bij kinderen.

In hoofdstuk 11 wordt de houdbaarheid onderzocht van de regeling voor de bijzondere categorie van pasgeborenen in de leeftijd van 0-1 jaar, die het Nederlands systeem (nu eenmaal) apart onderscheidt.

Na deze afzonderlijke hoofdstukken volgt in hoofdstuk 12 een overkoepelende slotbeschouwing. Hierin wordt aan de hand van de stand van zaken bijna twintig jaar na de inwerkingtreding van de Wtl nagegaan of er, afgezien van de bekende probleemgebieden van wilsverklaring en euthanasie bij dementie, niet ook mogelijk onderbelichte punten aan de orde zijn die deze stand van zaken mede bepalen. Met andere woorden: functioneert de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar behoren, of spelen er onderliggend meer problemen dan op het eerste gezicht lijkt? En indien van dat laatste sprake is, wat zijn dan de oplossingsrichtingen waaraan gedacht moet worden?

1.4 Tot slot

Het manuscript is inhoudelijk afgesloten op 1 april 2020. De literatuur en jurisprudentie van de hoofdstukken die apart voor dit proefschrift geschreven zijn (hoofdstuk 1, 2 en 12) zijn verwerkt tot die datum; de schets van het geldend recht ten aanzien van pasgeborenen (hoofdstuk 11) is afgesloten op 1 juli 2017.

De hoofdstukken 3, 4, 5 en 7 werden afzonderlijk gepubliceerd en in zoverre afgestemd op het tijdschrift van publicatie. In de eerste voetnoot van de desbetreffende hoofdstukken is de publicatiedatum, tevens de datum waarop die onderzoeken werden afgesloten, opgenomen. De hoofdstukken 8 en 9 werden in verkorte vorm gepubliceerd in het onderzoeksrapport 'Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen (1-12)', Brouwer e.a.. De hoofdstukken 6 en 10 werden ter publicatie aangeboden aan respectievelijk *Annals of Palliative Medicine* en *Monatsschrift Kinderheilkunde*.

De Wtl na twintig jaar

2.1 De Wtl als product van de tijdgeest

De Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl) is op 1 april 2002 in werking getreden.¹² Dat is nu bijna twintig jaar geleden. Het is echter niet slechts het aantal jaren dat sedert de inwerkingtreding is verstreken dat het zinvol maakt om er thans opnieuw naar te kijken. De Wtl van 2002 is namelijk tot op zekere hoogte het product van een andere tijdgeest. De wet werd na een lange en complexe discussie aangenomen in 2001. De keuze voor het model waarin de materie destijds gegoten werd, werd naar alle waarschijnlijkheid beïnvloed door het vooruitzicht dat de wet in een kort tijdsbestek tot stand moest komen. Toen politiek en wetgever in 1999 het initiatief namen voor een wettelijke regeling was er al een model voorhanden: de codificatie van de jurisprudentie van met name de strafrechter uit de jaren tachtig en negentig. Feitelijk gezien is de wet een vertaling van de opvattingen uit de jaren zeventig en tachtig. Juist om thans, vanuit het perspectief van ‘bijna twintig jaar later’, de Wtl op zijn waarde te kunnen schatten, wordt in dit hoofdstuk allereerst een aantal ontwikkelingen uit die tijd besproken die tezamen hebben geleid tot de Wtl 2002 zoals die tot op de dag van vandaag geldt: het academisch debat, de jurisprudentie, medisch-ethische opvattingen en het politieke klimaat. Het geheel is beperkt tot een beknopte verkenning van de kern van de ontwikkelingen die relevant zijn voor dit onderzoek in zijn totaliteit.

¹² Wet van 12 april 2001, *Stb.* 2001, 194, in werking getreden op 1 april 2002. Inwerkingtreedingsbesluit *Stb.* 2002, 165.

2.1.1 Het academisch debat

Het academisch debat over euthanasie in de tijd voorafgaand aan de Wtl wordt in deze paragraaf op hoofdpunten besproken aan de hand van de opvattingen van enige van de meest uitgesproken auteurs. Die ingang is gekozen omdat de kern van dit onderzoek de *huidige* stand van zaken met betrekking tot de euthanasiewetgeving sinds 2002 betreft. Er wordt daarom in het onderstaande niet gepoogd een compleet overzicht te bieden van alle literatuur van vóór de totstandkoming van de Wtl, zo dat al mogelijk zou zijn. Op de literatuur van vóór de totstandkoming van de Wtl wordt in dit onderzoek, naast het onderstaande algemenere overzicht, alleen teruggegrepen indien daar voorstellen omtrent wetgeving in worden gedaan die nu nog van belang zijn. De beschrijving van de ontwikkelingen van voor 2002 op het gebied van euthanasie in dit onderzoek leunt in belangrijke mate op de proefschriften van Pans, Wöretshofer en Weijers.¹³

Onlosmakelijk verbonden met het euthanasiedebat van vóór de Wtl aan juridische zijde is allereerst de strafrechtjurist Ch.J. Enschedé. Enschedé heeft diverse publicaties over levensbeëindiging geschreven, waarvan een deel gebundeld is in het boek *De arts en de dood*.¹⁴

Enschedé was van mening dat de strafwet simpelweg niet geschreven is voor een arts die handelt volgens de ‘regelen der kunst’. Op het moment dat actieve levensberoving binnen de grenzen van geaccepteerd medisch handelen plaatsvond, was artikel 293 lid 1 Sr (levensberoving op verzoek) c.q. de strafwet in het algemeen eenvoudigweg niet van toepassing, zo meende hij, want binnen de grenzen van de medische standaard zouden artsen altijd al thanasiehandelingen hebben verricht, al dan niet op verzoek, overeenkomstig het verlangen of met instemming van hun patiënt. Hij pleitte daarmee voor acceptatie van de ‘medische exceptie’ als argument om het strafrecht überhaupt niet toepasbaar te achten:

‘Artsen die in de uitoefening van hun beroep euthanasie- of andere thanasiehandelingen uitvoeren die naar hun overtuiging blijven binnen de

¹³ E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht* (dissertatie VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, H.A.M. Weijers, *Euthanasie. Het proces van rechtsverandering* (dissertatie RUG), Groningen: 2002, J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen* (dissertatie Rijksuniversiteit Limburg), Gouda Quint, Arnhem 1992.

¹⁴ Ch. J. Enschedé, *De arts en de dood: Sterven en recht. Opstellen over toekomstig euthanasiebeleid*, Wolters Kluwer Nederland B.V., 1985.

medisch-ethische, aan maatstaven van dwingend recht, openbare orde en goede zeden beantwoordende medische standaard, mogen naar geldend recht een verklaring van natuurlijke doodsoorzaak afgeven.¹⁵

De gezondheidsrechtjurist Leenen vond dat het zelfbeschikkingsrecht van de mens een basisrecht is. Bij verzoeken om euthanasie zou volgens hem de waardigheid van de mens en zijn zelfbeschikkingsrecht op het spel staan. Leenen pleitte daarom voor het mogelijk maken van 'vrijwillige euthanasie' op basis van het zelfbeschikkingsrecht.¹⁶

De jurist Drion, een andere regelmatig passerende naam binnen het strafrechtelijk debat over euthanasie, was ervan overtuigd dat er medische middelen voor zelfdoding aan de burger ter beschikking moesten worden gesteld. Dit idee werd later bekend als de zogeheten 'Pil van Drion':

'Wat wil ik dan? Mijn ideaal is dat oude mensen die op zichzelf zijn aangewezen, naar een arts kunnen lopen – hetzij hun huisarts, hetzij een daartoe aangewezen arts – om de middelen te verkrijgen waarmee zij op het moment dat hun dat zelf aangewezen voorkomt, een eind aan hun leven kunnen maken op een manier die voor henzelf en voor hun omgeving aanvaardbaar is. (...) Wat ik hier bepleit, gaat voor oudere mensen uit van een grotere autonomie dan waar tot dusver bij de discussies over euthanasie aan pleegt te worden gedacht.'¹⁷

Hoewel de 'Pil van Drion' een inmiddels bekende term is, is de invloed van Drion op het euthanasiedebat niet zo groot als die van Enschedé, met name omdat Drion een meer persoonlijk standpunt innam, terwijl Enschedé een stroming juristen vertegenwoordigde die een bepaalde wetsinterpretatie als juridisch juist verdedigde.

Het debat dat binnen de academische wereld gevoerd werd door dergelijke vooraanstaande juristen, zorgde mede voor het besef dat het integraal verbieden van euthanasie, het strikt handhaven van de toenmalige regeling, in Ne-

¹⁵ Ch. J. Enschedé, *De arts en de dood: Sterven en recht. Opstellen over toekomstig euthanasiebeleid*, Wolters Kluwer Nederland B.V., 1985, p. 116.

¹⁶ Zie nader Weijers 2003, p. 93, 94.

¹⁷ H. Drion, Het zelfgewilde einde van oude mensen, voor het eerst gepubliceerd in het NRC Handelsblad van 19 oktober 1991.

derland op een bepaald moment niet langer een optie leek te zijn. Het is van belang dat juist dergelijke gezaghebbende juristen ‘openingen’ bepleitten.

2.1.2 Ontwikkelingen binnen de jurisprudentie

In 1973 werd een eerste cruciale rechtelijke uitspraak gedaan over levensbeëindiging op verzoek. In de casus die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden van 21 februari 1973¹⁸ werd een arts ter zake van een misdrijf zoals omschreven in art. 293 Sr vervolgd. Zij deed een beroep op overmacht in de zin van (psychische) noodtoestand, nadat zij een patiënt (te weten: haar moeder) opzettelijk en op haar uitdrukkelijk en ernstig verlangen van het leven had beroofd door middel van een injectiespuit met een dodelijke hoeveelheid morfine. De rechtbank nam het deskundigenoordeel over, dat inhield dat er een aantal omstandigheden is waaronder de gemiddelde medicus in Nederland het – toentertijd – niet langer als juist aanvaardde om het leven van de patiënt te rekken tot het bittere einde. De arts mag onder die bepaalde omstandigheden, zo meende de rechtbank, besluiten tot het toedienen van een opklimmende dosis medicamenten teneinde het lijden van zijn patiënt geheel of zoveel mogelijk te verzachten, ook als dit handelen inhoudt dat hij daarmee welbewust op de koop toeneemt dat dit tot levensverkorting kan leiden.

Echter, deze weg was door de arts *in casu* niet ingeslagen. De arts had immers ‘geen weg van verzachting, met het bewust levensverkorting op de koop toemenen, ten aanzien van haar moeder ingeslagen, noch zelfs (...) geprobeerd in te slaan, in plaats van het bewezenverklarde ineens toedienen van de letale dosis (...)’.¹⁹ Dit maakte dat de rechtbank van oordeel was

‘dat, nu het inslaan van een zodanige weg openstond, ook voor verdachte – en nu voor zoveel nodig zij die ook had behoren te proberen – , het door haar in plaats daarvan ineens toedienen van de letale dosis in elk geval geen redelijk middel was tot het door haar beoogde doel, namelijk het bevrijden van haar moeder uit dier lijden (...)’.²⁰

¹⁸ Rb. Leeuwarden 21 februari 1973, ECLI:NL:RBL EE:1973:AB5464, NJ 1973, 83 (Postma).

¹⁹ Rb. Leeuwarden 21 februari 1973, ECLI:NL:RBL EE:1973:AB5464, NJ 1973, 83 (Postma), r.o. E, p. 5.

²⁰ Rb. Leeuwarden 21 februari 1973, ECLI:NL:RBL EE:1973:AB5464, NJ 1973, 83 (Postma), r.o. E, p. 5,6.

Op deze uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden volgde in de daaropvolgende jaren een aantal andere belangwekkende uitspraken. In 1984 werd door de Hoge Raad in de zaak Schoonheim voor het eerst een beroep op een strafuitsluitingsgrond toegewezen, en wel die van noodtoestand (conflict van plichten) als rechtvaardigingsgrond voor euthanasie, begaan door een arts.²¹ In 1994 volgde een arrest van de Hoge Raad waarin werd bepaald dat niet enkel lijden met een somatische oorzaak, maar ook lijden met een psychische oorzaak de arts in een conflict van plichten kan brengen.²² In 2002 werd in de Brongersma-zaak bepaald dat de straffeloosheid van euthanasie langs deze weg zijn grens vindt binnen het medisch domein: alleen lijden dat in overwegende mate veroorzaakt wordt door een medisch classificeerbare somatische of psychische ziekte of aandoening, kan een legitimatie zijn voor opzettelijke levensbeëindiging door een arts.²³

Het genoemde vonnis van de Rb Leeuwarden uit 1973 vormde aldus het startpunt van bestendige jurisprudentie waarin gaandeweg een aantal algemene criteria voor rechtmatige euthanasie werd geformuleerd.²⁴ De basis werd gevormd door jurisprudentie van de strafrechter (Hoge Raad en feitenrechter) die deze rechtvaardiging dus binnen het strafrecht moesten vormgeven. Gekozen werd voor een met algemene(re) criteria ingevulde toepassing van de rechtvaardigingsgrond van overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr). Met deze jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad en van lagere strafrechters lag er als het ware een model klaar dat later de basis zou blijken voor en van de huidige Wtl.

2.1.3 Ontwikkelingen op medisch-ethisch vlak

Ook binnen het medische ‘kunnen’ veranderde voorafgaand aan de totstandkoming van de Wtl het een en ander. Vanaf de jaren zeventig ontwikkelde de

²¹ Rb. Alkmaar 10 mei 1983, *NJ* 1983, 407, Hof Amsterdam 17 november 1983, *NJ* 1984, 43, HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, Hof Den Haag 10 juni 1985 en 11 september 1986, *NJ* 1987, 608 (Schoonheim).

²² Rb. Assen 21 april 1993, *TvGR* 1993/42, Hof Leeuwarden 30 september 1993, *TvGR* 1993/62, HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, m. nt. Schalken (Chabot).

²³ HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m. nt. Schalken (Brongersma). De eerdere uitspraken in deze zaak van de Rechtbank en het Hof zijn ook gepubliceerd, en wel in Rb. Haarlem 25 juli 2000, parketnummer 15/035127-99, Rb Haarlem 30 oktober 2000, parketnummer 15/035127-99, Hof Amsterdam 8 mei 2001, *ELRO* AB1474 en Hof Amsterdam 6 december 2001, *LJN* AD6753.

²⁴ Zie voor een uitgebreide beschrijving en analyse van de jurisprudentie voorafgaand aan de Wtl: Pans 2006, blz. 10-25.

medische technologie zich in hoog tempo. Er werd steeds meer mogelijk. Die ontwikkeling wierp nieuwe vragen op. Moet alles wat technisch mogelijk is maar daarnaast ook verlenging van lijden betekent, worden doorgezet?

De aan de Wtl voorafgaande discussie over gerechtvaardigde euthanasie ontwikkelde zich als een optie voor (uitsluitend) een arts, mede vanuit het idee dat een arts moet kunnen beschikken over een middel om uit een bij hem als arts levend conflict van plichten (de plicht om het leven te verlengen versus de plicht om zijn patiënt uit diens lijden te verlossen of hem althans verder lijden te besparen, *in ultimo* door het leven van de patiënt actief te beëindigen) te worden bevrijd. Hier ziet men de notie terug dat levensverlenging niet altijd het hoogste doel van geneeskundig handelen hoeft te zijn. Het kan in het belang van de patiënt zijn om iets *niét* te doen, om leven *niét* te verlengen. Het kan in het uiterste geval zelfs in het belang van de patiënt zijn om het leven van de patiënt te beëindigen. En dat alles behoort (toch) nog tot de reikwijdte van de beslissing van een arts. De panelen verschoven ook in dit opzicht. Het devies van de nieuwe medische ethiek ging luiden dat het de arts geboden is om menselijk leven te behouden, te sparen en te verlengen, *waar en wanneer dit zinvol is*, aldus Van den Berg in zijn publicatie *Medische macht en medische ethiek* uit 1969.²⁵ Van den Berg hechtte als arts daarbij tegelijk veel waarde aan de wil van de patiënt:

‘Voor de patiënt zelf is mijn laatste woord. Want voor hem schreef ik deze bladzijden. Hem moedig ik aan. Aan hem de bepaling hoe hij ziek is, wetend of onwetend. Aan hem de bepaling hoe hij wil sterven, waardig of onwaardig. Laat hij de vrijmoedigheid vinden om te zeggen wat hij wil. Hij vindt, bij volharding, de arts toch aan zijn zijde. Want de arts is er voor hem. Ja, de arts is er voor de patiënt en voor niemand of niets anders.’²⁶

Een belangrijke wetswijziging op het gebied van het patiëntenrecht is de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) uit 1994.²⁷ In deze nog steeds geldende aanvulling van het *Burgerlijk Wetboek* is als uitgangspunt voor het normaal medisch handelen vastgelegd dat de wil van de patiënt bepalend is, in die zin dat iemand schriftelijk kan vastleggen dat hij in bepaalde

²⁵ J.H. van den Berg, *Medische macht en medische ethiek*, Nijkerk 1969.

²⁶ J.H. van den Berg, *Medische macht en medische ethiek*, Nijkerk 1969, p. 53-54.

²⁷ Wet van 17 november 1994, *Stb.* 837, in werking getreden op 1 april 1995, *Stb.* 1994, 838.

situaties niet meer behandeld wil worden. De arts is verplicht zich hieraan te houden; deze ‘negatieve wilsverklaring’ is bindend. In toenemende mate wordt daarmee bij het beoordelen van hetgeen een arts wel of niet mag of moet doen, waarde gehecht aan de stem van de patiënt. Dit betekent tegelijkertijd niet dat deze bindende wilsverklaring ook voor schriftelijke verzoeken om euthanasie geldt; euthanasie betreft immers bijzonder medisch handelen. Wel betekent het dat er met de invoering van de Wgbo principieel betekenis wordt toegekend aan de wil van de patiënt. Dat kon en kan voor de discussie omtrent euthanasie niet onopgemerkt blijven.

2.1.4 De politieke context als meebepalende factor

De parlementaire discussie van de Wtl vond plaats onder het tweede kabinet Kok (1998 – 2002). Tijdens deze ‘paarse’ regeringsperiode was het de uitgelezen tijd voor een geslaagde poging tot wetgeving omtrent euthanasie. Het politieke klimaat, met voor het eerst sinds lange tijd een coalitie zonder het CDA, was er rijp voor. Deze achtergrond van een beperkte ‘window of opportunity’ (de samenstelling van het volgende kabinet was immers onzeker) verklaart deels waarom de wetgever ervoor koos bestaande rechtspraak als uitgangspunt te nemen en de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad omtrent noodtoestand, als ingang tot straffeloosheid voor de arts, min of meer te codificeren. Met en in die jurisprudentie was immers een model voorhanden, zij het een specifiek model: noodtoestand als uitzondering op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een gedraging die op zichzelf wel onder de delictsomschrijving van een strafbepaling valt. Er bestonden en bestaan meer mogelijkheden en modaliteiten voor een juridische regeling van straffeloosheid van levensbeëindiging op verzoek, zoals het hiervoor besproken model van Enschedé waarin *lege artis* medisch handelen uitgesloten zou (moeten) worden van beoordeling onder het strafrecht, de zogenoemde *medische exceptie*. Dit model is niet gekozen door de wetgever, net zo min als andere mogelijke modellen. Daarmee is voor de Wtl uitdrukkelijk gekozen voor het model strafbepaling – strafuitsluitingsgrond – nadere invulling van de strafuitsluitingsgrond.

Al met al is daarmee een aantal tijdsgebonden aspecten van groot belang geweest voor de inhoud en vormgeving van de uiteindelijke regeling van levensbeëindiging op verzoek in de Wtl zoals gepubliceerd in Stb 2001, 194. De Wtl kreeg vorm in een tijd waarin individualisering en zelfbeschikking een steeds belangrijkere rol gingen spelen, waarin medisch steeds meer mogelijk

werd, waardoor men tegen nieuwe ethische vraagstukken aanliep, waarin jurisprudentie ontwikkeld werd en er een hevig (academisch) debat gevoerd werd over verruiming van de mogelijkheden omtrent levensbeëindiging op verzoek. Juist omdat dat tijdsgebonden aspect ertoe leidde dat (de vorm en de inhoud van) de Wtl geen vanzelfsprekendheid is waarvoor geen alternatieven zouden bestaan, is het van belang om nu, bijna twintig jaar na de inwerkingtreding, de vraag te stellen of dit model in de tijd waarin we nu leven nog steeds de meest aangewezen keuze is.

2.2 Geldend recht: hoe is euthanasie in Nederland geregeld?

Euthanasie werd door de Staatscommissie Euthanasie in haar rapport uit 1985 gedefinieerd als ‘het opzettelijk levensbeëindigend handelen door een ander dan de betrokkene, op diens verzoek’.²⁸ Deze gedraging is sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 in artikel 293 (thans, dat wil zeggen sinds 2002, in lid 1) Sr strafbaar gesteld: *‘Hij die opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.’* Toch wordt het anders wanneer degene die de in art. 293 lid 1 Sr strafbaar gestelde gedraging heeft gepleegd, een arts is. Wanneer euthanasie wordt uitgevoerd door een arts, bestaat er een bijzondere strafuitsluitingsgrond waarop deze in een concreet geval een beroep kan doen. Een en ander is geregeld in lid 2 van voornoemd artikel.

Deze bijzondere strafuitsluitingsgrond leidt ertoe dat handelen van de arts dat valt onder een delictsomschrijving en daarmee in principe een strafbaar feit is, toch niet-wederrechtelijk kan zijn. Om voor straffeloosheid in aanmerking te komen, geldt op grond van artikel 293 lid 2 Sr jo. artikel 7 lid 2 Wet op de lijkbezorging (Wlb) allereerst de voorwaarde dat de arts melding maakt van zijn levensbeëindigend handelen bij de gemeentelijk lijkschouwer. Wanneer niet of verkeerd gemeld wordt door de arts, treedt de strafbaarheidswerking van artikel 228 Sr in: het opzettelijk afgeven van een valse verklaring nopens de oorzaak van overlijden wordt op basis van dit artikel bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste 3 jaren. Wanneer er bij de arts geen opzet op het nalaten van het melden bewezen kan worden, kan hij

²⁸ Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, dl 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 26.

strafbaar zijn op grond van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 lid 2 Wlb (een overtreding), op grond waarvan de arts gestraft kan worden met hechtenis van ten hoogste één maand.

Wanneer de arts euthanasie gemeld heeft, kan het traject tot mogelijke strafeloosheid van de arts verder gevolgd worden. Artikel 293 lid 2 Sr is nader uitgewerkt in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl). Naleving daarvan is door de verwijzing in artikel 293 lid 2 bestanddeel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

In artikel 2 lid 1 Wtl zijn zes zorgvuldigheidseisen geformuleerd waaraan het handelen van de arts moet voldoen om in aanmerking te komen voor strafeloosheid. Wanneer de arts niet aan deze criteria voldoet, treedt de bijzondere strafuitsluitingsgrond uit het tweede lid niet in werking en is de arts dus behoudens enige andere strafuitsluitingsgrond strafbaar ter zake van artikel 293 lid 1 Sr.

De zorgvuldigheidseisen houden in dat (a) de arts de overtuiging heeft gekregen dat sprake was van een vrijwillig en weloverwogen verzoek, (b) de arts de overtuiging heeft gekregen dat sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt, (c) de arts de patiënt heeft voorgelicht over de situatie waarin deze zich bevond en over diens vooruitzichten, (d) dat de arts met de patiënt tot de overtuiging gekomen is dat er voor de situatie waarin de patiënt zich bevond geen redelijke, andere oplossing voorhanden was, (e) de arts ten minste één andere onafhankelijke arts heeft geraadpleegd, die de patiënt heeft gezien en schriftelijk zijn oordeel heeft gegeven over de zorgvuldigheidseisen a tot en met d, en als laatste dat (f) de arts de levensbeëindiging medisch zorgvuldig heeft uitgevoerd.

Toetsing van levensbeëindigend handelen door een arts vindt na de melding daarvan plaats, via de gemeentelijk lijkschouwer, door een Regionale toetsingscommissie euthanasie (Rte). Als de Rte oordeelt dat de arts heeft ‘gehandeld overeenkomstig de zorgvuldigheidseisen’, dan wordt de toetsing feitelijk beëindigd, omdat het Openbaar Ministerie (OM) of de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) niet over de zaak worden geïnformeerd. *De jure* bestaat voor het OM overigens wel de mogelijkheid om toch tot vervolging over te gaan. Als de Rte oordeelt dat er ‘niet gehandeld is overeenkomstig de zorgvuldigheidseisen’, dan wordt de zaak door de Rte doorgestuurd naar de

IGJ en het OM. Het OM neemt vervolgens naar eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid een beslissing over al dan niet vervolgen. In de Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake actieve levensbeëindiging op verzoek wordt daarbij als vervolgingsbeslissing onderscheiden: het starten van een opsporingsverzoek alvorens er definitief kan worden beslist, het (eventueel onder bepaalde bijzondere voorwaarden) seponeren van de zaak, of het vervolgen van de arts (dagvaarden). Een arts wordt vervolgd wanneer hij een – volgens het OM – substantiële zorgvuldigheidsnorm met voeten heeft getreden, waarbij de beoordeling overigens sterk afhankelijk is van de waardering van de concrete omstandigheden van het geval. De eis dat het verzoek vrijwillig en weloverwogen is en de eis dat er sprake is van uitzichtloos en ondraaglijk lijden, zijn door het OM als substantiële zorgvuldigheidseisen aangemerkt. Het OM toetst of de arts een strafrechtelijk verwijt kan worden gemaakt en, wanneer dit het geval is, of het opportuun is de arts te vervolgen.²⁹

Met de inwerkingtreding van de Wtl op 1 april 2002 is door de wetgever daarmee voorzien in een modaliteit die maakt dat euthanasie, verricht door een arts, onder omstandigheden geoorloofd is.³⁰

Nederland kent daarmee ruimte voor stervensbegeleiding door artsen, ook wanneer dit euthanasie inhoudt. Het absolute respect voor andermans leven (artikel 2 EVRM) treedt hier terug. Feit is dat deze mogelijkheid alleen bestaat binnen het strafrecht. De toets door de Rte is een voortoets van de toets van het OM om na te gaan of er aanleiding is om een strafrechtelijke procedure te starten. De grens van het normaal medisch handelen is dan al overschreden: er is een handeling uitgevoerd die onder een delictsomschrijving valt en ter zake waarvan strafbaarheid een gegeven is, als uitgangspunt en behoudens een nog vast te stellen uitzonderingsgrond. Zoiets als ‘straffe-loze euthanasie’ bestaat dan ook niet in Nederland. Het gaat om een in prin-

²⁹ Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake actieve levensbeëindiging op verzoek (euthanasie en hulp bij zelfdoding) (2017A002), Stc. 2017, 27069.

³⁰ Waar in het vervolg gesproken wordt van euthanasie, geldt het gestelde *mutatis mutandis* ook in geval de arts hulp bij zelfdoding verleent. Zie art. 294 lid 2 Sr dat naar art. 293 lid 2 verwijst. Overigens wordt in de literatuur door o.a. Griffiths betoogd dat het onderscheid tussen beide handelingen wel degelijk uitmaakt. Hij pleit ervoor om het morele verschil tussen beide handelingen ook in juridische zin te vertalen. Hulp bij zelfdoding zou in zijn visie uit het strafrecht moeten worden gehaald. Zie J. Griffiths, ‘Euthanasie versus hulp bij zelfdoding’, in: M. Adams, J. Griffiths, G. den Hartogh, *Euthanasie – Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, Kampen: Kok 2003, p.133-149. Omdat dit geen direct relevant onderwerp voor dit onderzoek is, blijft het onderscheid tussen euthanasie en hulp bij zelfdoding verder buiten beschouwing.

cipe strafbare handelwijze waarvan per geval achteraf vastgesteld moet worden of zich een situatie van straffeloosheid voordoet. Let wel: het gaat daarbij dan om straffeloosheid door gerechtvaardigd gedrag en niet om straffeloosheid door een verwijtloze dader van het op zichzelf nog steeds strafwaardige gedrag.

De drie pijlers van de euthanasieregeling

Artikel 293 lid 2 Sr moet steeds in samenhang worden gezien met de Wet op de Lijkbezorging en de Wtl. Samen vormen deze drie wetten de constellatie voor (straffeloosheid van) levensbeëindiging door een arts op verzoek van de patiënt als een gecontroleerde uitzondering op strafrechtelijke aansprakelijkheid. De Wtl heeft in zoverre aan deze constellatie niets veranderd; ook onder die wet moet onverminderd per geval, en dus in elk afzonderlijk geval opnieuw, steeds achteraf worden vastgesteld of de (inmiddels wel: bijzondere) rechtvaardigingsgrond van artikel 293 lid 2 Sr van toepassing is.³¹

2.3 Heersend beeld van functioneren Wtl in de praktijk en maatschappij is overwegend positief

Zo'n twintig jaar na de inwerkingtreding van de Wtl is de algemene opvatting dat deze wet op de cruciale onderdelen zijn functie vervult. Een in de kern naar behoren functionerende Wtl is allereerst het beeld dat naar voren komt uit de drie wetsevaluaties die sinds 2002 zijn uitgevoerd.³² De meest recente wetsevaluatie spreekt van een wet die zijn doelen realiseert:

‘Alle actoren zijn tevreden over de inhoud en het functioneren van de wet. Uit het onderzoek blijkt wel dat er druk staat op bepaalde elementen, maar deze druk wordt veel meer bepaald door externe factoren (...) dan door de inhoud van de Wtl. Die wet kan in zijn huidige vorm vooralsnog zonder problemen blijven bestaan.’³³

³¹ Zie nader hoofdstuk 3 van dit onderzoek, gepubliceerd in: P.A.M. Mevis, L. Postma, V.E. van de Wetering, ‘Ärztliche Sterbebegleitung in den Niederlanden: Kontrollierte Ausnahme’ in L. Eidam, M. Lindemann (red.), *Grundfragen und aktuelle Herausforderungen der ärztlichen Sterbebegleitung*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2019, p. 31-68.

³² *Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Den Haag: ZonMw 2007, 2012, 2017.

³³ *Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Den Haag: ZonMw 2017, p. 17

Eenzelfde positieve toon klinkt door vanuit de politiek: er heerst tevredenheid over het feit dat over het algemeen een positief beeld uit de evaluatie naar voren komt.³⁴

En een auteur als Pans schrijft verder:

‘De Wtl functioneert vijftien jaar na zijn inwerkingtreding *grosso modo* zoals door de wetgever is beoogd. De meldingsbereidheid van artsen is hoog. De multidisciplinaire RTE’s toetsen elk individueel geval en door de publicatie van hun oordelen (...) is een fijnmazig toetsingskader ontstaan.’

Als categorieën waarin het ingewikkelder is om voor de arts tot een beoordeling te komen, noemt zij verzoeken van personen met gevorderde dementie en de daaraan gelieerde schriftelijke wilsverklaring, en van personen die om hulp bij levensbeëindiging vragen vanwege een voltooid leven.³⁵ Ook de Adviescommissie Voltooid Leven (commissie-Schnabel) komt tot het oordeel dat de Wtl aan zijn doelen beantwoordt. Dat de Wtl in de ogen van commissie-Schnabel goed functioneert en er sprake is van een zorgvuldige praktijk, is uiteindelijk voor deze commissie een van de argumenten om te adviseren niet over te gaan tot enige wettelijke regeling aangaande voltooid leven en in dat kader de Wtl te laten zoals hij nu is.³⁶

Ondanks een aantal meer in het oog springende onderdelen waarbij vraagtekens worden gezet, is het beeld dus overwegend positief. Het zijn bepaalde, bijzondere categorieën die maken dat er discussie is over de Wtl. Maar in de kern van de standaardgevallen werkt de wet naar behoren, zo lijkt het. Het goede functioneren van de wet blijkt ten slotte uit het lage aantal als ‘niet conform de zorgvuldigheidseisen’ beoordeelde gevallen. Uit het jaarverslag van de RTE’s over 2018 blijkt dat meer dan 90% van de meldingen betrekking heeft op gevallen waarin de patiënt uitzichtloos en ondraaglijk heeft geleden ten gevolge van een ongeneeslijke of uitbehandelde ziekte. In totaal werd in zes zaken in 2018 geoordeeld dat er ‘onzorgvuldig’ gehandeld was. In vijf van

³⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 31036, nr. 7, p. 2. Vanwege de demissionaire status van het kabinet bleef inhoudelijke reactie na de derde evaluatie achterwege. *Kamerstukken II* 2016/17, 31036, nr. 9.

³⁵ E. Pans, ‘15 jaar euthanasiewet. De balans opgemaakt.’, AA, april 2017, p. 273-281.

³⁶ Adviescommissie Voltooid Leven, *Voltooid Leven: over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten*, Den Haag: Adviescommissie Voltooid Leven 2016, p. 209, 215.

deze gevallen is er door zowel het college van PG's als de IGJ een beslissing genomen. In geen enkele zaak is nader onderzoek ingesteld door de IGJ en in alle vijf de zaken besloot het OM voorwaardelijk te seponeren.³⁷ Over het zesde geval moest ten tijde van het opstellen van het jaarverslag nog een beslissing genomen worden door zowel het OM als de IGJ.³⁸

De hiervoor aangestipte thema's, te weten euthanasie bij gevorderde dementie en de daaraan gelieerde schriftelijke wilsverklaring en euthanasie in geval van een voltooid leven, zijn complex. Zij vergen apart onderzoek.³⁹ Dat geldt ook voor hulp bij zelfdoding bij patiënten met psychische problematiek. Het is evident dat er in deze gevallen sprake kan zijn van ernstig lijden, maar de specifieke problematiek leidt wel tot differentiatie van de criteria van de Wtl. Voor wat betreft het lijden aan psychische problematiek: er is een aparte richtlijn ontwikkeld voor levensbeëindiging op verzoek bij patiënten met een psychische stoornis, waarin onder andere is opgenomen dat in de beoordelingsfase, dus voorafgaand aan formele consultatie, een *second opinion* ingewonnen wordt over de resterende behandelmogelijkheden, de diagnose en zo mogelijk de wilsbekwaamheid van betrokkenen, door een onafhankelijke psychiater of andere professional met specifieke deskundigheid wat betreft de stoornis van de patiënt.⁴⁰ Waar de discussie over levensbeëindiging op grond van een wilsverklaring nog onvoldoende uitgekristalliseerd is, lijkt de discussie over levensbeëindiging op verzoek bij patiënten met een psychische stoornis redelijk afgerond, in de zin dat de Wtl met behulp van deze aanvullende criteria de extra vragen rondom juiste toepassing opvangt.⁴¹

Het is belangrijk deze punten van discussie hier uitdrukkelijk te noemen, omdat de recente discussies die erover gaande zijn een bepaald beeld schetsen over de Wtl in het algemeen, namelijk dat van een goed werkende kern, met (slechts) een aantal in het oog springende maar toch betrekkelijk specifieke onderwerpen waarover discussie bestaat. Het is echter de vraag of dat-

³⁷ De 'koffie-euthanasie' waarin door het OM wel vervolgd werd, stamt niet uit 2018 maar uit 2019. Zie nader Rb. Den Haag, 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506.

³⁸ Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, jaarverslag 2018, p. 6

³⁹ Vanzelfsprekend moet ook aan die onderwerpen aandacht worden besteed. Binnen het REI-onderzoek 'Doctors and Criminal Lawyers Dealing with Death and Dying', waarvan ook dit onderzoek onderdeel uitmaakt, wordt momenteel door mr. drs. L. Postma gewerkt aan een promotieonderzoek gewijd aan de schriftelijke wilsverklaring bij euthanasieverzoeken.

⁴⁰ Richtlijn levensbeëindiging op verzoek bij patiënten met psychische stoornis, p. 25.

⁴¹ Of er verder nagedacht moet worden over nadere differentiatie bij andere categorieën, zal in de slotbeschouwing van dit onderzoek besproken worden.

gene wat nu de meeste aandacht trekt, verborgen houdt dat er wel degelijk ook discussie is over de bestaande kaders voor deze niet specifieke gevallen. Hierna zullen diverse onderdelen geanalyseerd worden die vragen oproepen bij het beeld dat nu over de Wtl leeft.

2.4 Onderbelichte problematiek binnen de Wtl

Als we nader inzoomen op andere onderdelen van de Wtl, blijken er toch wel problemen. Bij de bespreking van verschillende concrete thema's in het onderstaande wordt duidelijk waaruit de specifieke problematiek bestaat. Een aantal aspecten wordt in dit hoofdstuk wat nader uitgediept, andere volgen in de navolgende hoofdstukken afzonderlijk.

2.4.1 Afbakeningsproblematiek

Een eerste onderbelicht punt van discussie binnen de Wtl betreft de afbakening van onder het WvSr en de Wtl vallende euthanasie met vormen van intensieve symptoombestrijding. Voor een goed begrip vanuit het juridische is het hier aangewezen om enige medische begrippen nader uit te werken.⁴²

Er bestaan verschillende vormen van intensieve symptoombestrijding. Allereerst de vorm van *lege artis* palliatieve sedatie, het opzettelijk verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase. Het recht veronderstelt een heldere afbakening tussen palliatieve sedatie en euthanasie. Wanneer dit onderscheid in de praktijk onhelder is, ontstaat er een probleem: de ene handeling is in beginsel strafbaar; de andere handeling valt onder normaal medisch handelen. Deze onderbelichte problematiek komt in dit onderzoek nader aan de orde en wel op twee wijzen. Allereerst wordt in hoofdstuk 4 besproken waaruit het onderscheid tussen beide modaliteiten zou moeten bestaan, dat die veronderstelling in de praktijk niet blijkt te kloppen, wat dat betekent en wat mogelijke oplossingen zijn.⁴³

⁴² Het onderwerp van dit onderzoek bevindt zich op het grensvlak van de medische en juridische wetenschap. Waar het ene deel vanzelfsprekender voor de jurist zal zijn, geldt dat op andere onderdelen voor de arts. De volgende tekst bevat daarom een zekere perspectiefwisseling.

⁴³ Zie hoofdstuk 4, 'De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie: over de "Typizität" van levensbeëindigend handelen', gepubliceerd in *RMThemis*, december 2019.

Hoofdstuk 4 van dit onderzoek laat zien dat het bij *lege artis* uitgevoerde palliatieve sedatie soms al problematisch kan zijn om de grens tussen normaal en bijzonder medisch handelen te trekken. In dat hoofdstuk blijft de vraag naar het soms controversiële gebruik van morfine bij intensieve symptoombestrijding verder buiten beschouwing. Voor de volledigheid is het aangewezen om in aanvulling op hoofdstuk 4 op deze plaats iets te zeggen over de rol van morfine bij de afbakening tussen normaal en bijzonder medisch handelen.

Inzet van morfine

Lege artis, dus volgens de richtlijn Palliatieve sedatie⁴⁴ uitgevoerde palliatieve sedatie, gebeurt middels slaapmedicatie. Omdat bij morfine slaap niet het hoofdeffect is en er bij het gebruik ervan risico's bestaan, dient dit middel niet gekozen te worden om palliatieve sedatie te starten. Maar daar begint de complexiteit van palliatieve sedatie als concept. Vaak krijgt de patiënt al morfine om pijn of kortademigheid te bestrijden op het moment dat palliatieve sedatie gestart wordt. Wanneer dan vervolgens palliatieve sedatie wordt ingezet, blijft morfine toegediend worden maar niet met als doel om de patiënt te sederen. Dit leidt tot twee kanttekeningen.

Ten eerste is het twijfelachtig of slaapmedicatie op zichzelf, of slaapmedicatie in combinatie met morfine in normale dosering, of slaapmedicatie met morfine in normale dosering in combinatie met het stoppen van de toediening van vocht en voeding, het levenseinde in bepaalde situaties bespoedigt, en zo ja: in welke mate. Wat deze drie handelingen elk voor zich teweegbrengen bij een bepaalde patiënt, is niet exact vast te stellen. Alle drie deze onderdelen van het handelen kunnen van invloed zijn op het moment van overlijden, waardoor het concept van palliatieve sedatie complexer is dan alleen het verstrekken van de volgens de richtlijn aangewezen soort en dosering van de slaapmedicatie.

Ten tweede bestaat zoiets als de 'morfine-plus-categorie', een categorie die Van der Heide in haar oratie omschrijft als 'een grijs gebied van gevallen waarin de arts meer morfine geeft aan een stervende patiënt dan eigenlijk nodig is om symptomen te verlichten; en gevallen waarin ze morfine toedient met het doel het overlijden van een patiënt te bespoedigen.'⁴⁵

⁴⁴ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009.

⁴⁵ A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam: oratiereeks Erasmus MC 2014, p. 12, 13.

Dit zogenoemde grijze gebied werd onder andere aangetoond in het Sterfgevallenonderzoek 2010.⁴⁶ Uit de oratie van Van der Heide komt naar voren dat het 2,6% van alle sterfgevallen in dat jaar betrof.⁴⁷ Ondanks het feit dat Van der Heide aangeeft dat het twijfelachtig is dat het bij alle gevallen zou gaan om een sterke verhoging van de dosering morfine met een bespoedigd levenseinde als gevolg, is het wel een categorie die vanuit juridisch oogpunt nadere aandacht behoeft. Want wat zijn de juridische gevolgen van een ‘morfine-plus-handeling’? De richtlijn Palliatieve sedatie sluit deze handelwijze nadrukkelijk uit van de categorie van handelen die onder palliatieve sedatie begrepen moet worden, maar hoe deze handelwijze dan wel geclassificeerd moet worden, is onhelder.

Tuitjenhorn en chirurg C.

Bij 3500 sterfgevallen in 2010, 2,6 procent van alle sterfgevallen, vindt een handelwijze plaats die binnen de morfine-plus-categorie valt.⁴⁸ Bij een deel van die gevallen is sprake van een sterke ophoging van morfine ter verlichting van de pijn met als gevolg bespoediging van het levenseinde (550 sterfgevallen in 2010).⁴⁹ Omdat onduidelijk is onder welke wet- en regelgeving de morfine-plus-handeling valt, komen dergelijke gevallen zelden aan het licht.

Een wel in de openbaarheid getreden voorbeeld van deze categorie is waarschijnlijk de zaak-Tromp waarvan de feiten zich in 2015 afspeelden. Ondanks het feit dat concrete juridische aanknopingspunten bij gebrek aan een uitspraak van de straf- dan wel tuchtrechter ontbreken, deed deze casus het nodige stof opwaaien.

Huisarts Tromp uit Tuitjenhorn diende een zeer hoge hoeveelheid morfine en dormicum toe aan zijn lijdende patiënt, die een half uur na toediening hiervan stierf. Tromp gaf vervolgens een verklaring van (natuurlijk) overlijden af. Een bij de huisartsenpraktijk werkzaam zijnde coassistente plaatste vraagtekens bij het handelen van de huisarts en lichtte daarom de coördinator van de coschappen huisartsengeneeskunde in het AMC in over de gang

⁴⁶ Sterfgevallenonderzoek 2010, Den Haag: ZonMw 2012.

⁴⁷ A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam: oratiereeks Erasmus MC 2014, p. 12, 13.

⁴⁸ A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam: oratiereeks Erasmus MC 2014, p. 12, 13.

⁴⁹ A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam: oratiereeks Erasmus MC 2014, p. 13.

van zaken rondom dit overlijden. Deze raadpleegde de IGJ, die de zaak overdroeg aan het OM. Een strafrechtelijk onderzoek volgde. Op basis van de bevindingen van het strafrechtelijk onderzoek, in combinatie met aanvullend onderzoek door de IGJ, besloot de IGJ over te gaan tot een bevel op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz), op grond waarvan Tromp voorlopig geen zorg meer mocht verlenen in de huisartsenpraktijk waaraan hij verbonden was. Het strafrechtelijk onderzoek liep door: de Rechter-Commissaris wees op 7 oktober 2013 een vordering van bevel tot bewaring toe. Het bevel tot bewaring werd echter direct onder voorwaarden geschorst. Een dag daarna, op 8 oktober, pleegde Tromp zelfmoord.⁵⁰

Door de dood van de verdachte vervalt het recht tot strafvordering. De strafrechter (artikel 69 Sr) noch de tuchtrechter (artikel 48 lid 1 aanhef en onder f jo. artikel 7 jo. artikel 47 lid 1 BIG) heeft zich kunnen uitlaten over de handelingen en meldwijze van de arts. Toch maakt deze zaak volgens Mevis wel duidelijk dat ‘de meest heldere modaliteiten van juiste en verantwoorde materiële normstelling en van beoordeling van het optreden van artsen, nog steeds niet – of wellicht: niet meer – voorhanden lijken’.⁵¹ Een arts verricht een weliswaar uitzonderlijke maar – in diens beleving – wel binnen de normale medische praktijk vallende handeling. Op dit handelen wordt plotseling het volle licht van het normatief systeem gezet en er wordt bepaald, mogelijk zonder dat de actoren bij hun handelen iets in de gaten hebben gehad, dat deze handelingen ‘buitensporig’ zijn geweest. Uit de uitkomsten van een uitgebreid onderzoek dat plaatsvond naar aanleiding van de Tuitjenhorn-casus, blijkt dat collega-medici de situatie en het daarmee gepaard gaande dilemma herkennen. Tien procent van de 886 ondervraagde artsen gaf aan zelf wel eens een te hoge dosis medicatie te hebben gegeven.⁵² ‘Het handelen van artsen ligt in concrete gevallen van leven of dood in de artsenpraktijk kennelijk, en ondanks alle wet- en regelgeving, voor een deel nog in het donker verborgen’, aldus Mevis.⁵³ Artsen geven in het onderzoek toe dat zich op het scherp van de snede situaties voordoen die aan protocollen voorbij gaan: ‘Een in de ogen van de stervende waardeloos resultaat van mijn handelen valt niet te excuseren met een verwijzing naar de protocollen.’⁵⁴

⁵⁰ Rapport van de evaluatiecommissie Tuitjenhorn 2015, p. 8, 9.

⁵¹ P.A.M. Mevis, ‘Naar aanleiding van Tuitjenhorn’, *DD* 2014/8

⁵² Volkskrant d.d. 13 december 2013, ‘Huisartsen negeren regels sterfbed bewust’, blijkens enquête onder 866 artsen, uitgevoerd door NCRV-programma Altijd Wat en vakblad Medisch Contact.

⁵³ P.A.M. Mevis, ‘Naar aanleiding van Tuitjenhorn’, *DD* 2014/8

Chirurg C.

In de zaak tegen chirurg C. sprak de tuchtrechter zich in 2006 wel uit over het ‘bijzondere’ morfinegebruik van C. bij zijn patiënte.⁵⁵ C. liet volgens schema op verzoek van patiënte en in overleg met de familie de dosis morfine verhogen totdat de patiënte overleed. Het tuchtcollege oordeelde over deze handeling: ‘een automatische verhoging van de morfinedosis die binnen afzienbare tijd tot de dood leidt, zoals in dit geval, zonder dat een arts of wie dan ook de noodzaak daartoe op geleide van de klachten telkens (her)beoordeelt, kan – ook in de tijd waarin er nog enige onduidelijkheid op het punt van palliatieve sedatie kan zijn geweest – onmogelijk als normaal medisch handelen worden beschouwd.’ Het tuchtcollege achtte C. schuldig aan het feit dat er een verkeerd middel was gebruikt, dat hij niet de voor euthanasie aangewezen procedure van consultatie van een andere arts heeft willen volgen, dat hij een verpleegkundige belast heeft met de noodzakelijke handelingen en de verhoging van de medicatie, dat hij summiere informatie aan de arts-assistent gegeven heeft en onprofessioneel en inconsequent gehandeld heeft bij de melding van levensbeëindigend handelen. De klacht werd daarom gegrond verklaard en C. werd berispt voor zijn handelingen. In de zaak tegen chirurg C. vond – het mag opvallend heten – geen strafvervolgning plaats.

Over de kernvraag van de zaak, namelijk hoe het toedienen van morfine met automatische ophoging van de dosering dient te worden gekwalificeerd, is het tuchtcollege duidelijk. Waar de chirurg vond dat het ging om palliatieve sedatie, meende het tuchtcollege: ‘Verweerders handelen kan, gelet op het feit dat morfinetoediening in sterk opklimmende dosering bij een terminale patiënte als in deze zaak in het algemeen spoedig tot de dood zal leiden, niet anders dan als euthanasie worden bestempeld.’ Hierbij speelde een belangrijke rol dat er geen klachten waren die maakten dat de morfine in deze hoeveelheid medisch geïndiceerd was. Daarnaast vond geen herbeoordeling van de klachten plaats ter controle of de morfine of de ophoging daarvan nog noodzakelijk was. Overigens is morfine ook voor euthanasie, zoals het handelen aangemerkt diende te worden volgens het tuchtcollege, niet het juiste middel, maar hier wordt door het College geen verdere aandacht aan besteed. Op basis van deze uitspraak zou geconcludeerd kunnen worden dat de morfine-plus-handeling een handeling is die binnen artikel 293 lid 1 Sr, en dus binnen het strafrecht valt, tenzij lid 2 van datzelfde artikel aan de orde is en

⁵⁴ J. Visser, ‘Palliatieve sedatie is geen confectie’, *Medisch Contact* 10 december 2013

⁵⁵ GJ 2006/112, Regionaal Tuchtcollege Zwolle, 18-05-2006, 106/2005 (annotatie)

daarmee de bijzondere strafuitsluitingsgrond in combinatie met de Wtl en de Wlb toepasbaar blijkt.

Afsluiting afbakeningsproblematiek

Zoals in hoofdstuk 4 nader uiteengezet wordt, lijken artsen vaak uit te gaan van hun eigen intenties voor kwalificatie van hun handelen. De arts lijkt zich daarbij niet te realiseren dat dit op grond van artikel 293 lid 1 Sr anders kan liggen.

Het bovenstaande toont aan dat het gebruik van morfine binnen het concept van intensieve symptoombestrijding problematisch kan zijn voor het maken van een onderscheid tussen normaal en bijzonder medisch handelen. Het gaat dan nog om de voorfase van het strafrechtelijk controlemechanisme, maar ook bij die controle kunnen zich problemen voordoen die vragen oproepen, zoals blijkt uit de volgende paragraaf.

2.4.2 Meldplicht

Een cruciaal onderdeel binnen het strafrechtelijk controlemechanisme zoals dat in 2002 met de Wtl (opnieuw) geregeld werd en dat straffeloosheid van de arts na uitvoering van euthanasie mogelijk maakt, is de in artikel 293 lid 2 Wtl jo. artikel 7 lid 2 Wlb opgenomen meldplicht. In artikel 7 lid 2 Wlb is bepaald dat indien het overlijden het gevolg was van de toepassing van levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding, de behandelend arts geen verklaring van overlijden afgeeft, maar dat hij van de oorzaak van dit overlijden onverwijld mededeling doet aan de gemeentelijk lijkschouwer.

De meldplicht is in het onderworpen systeem cruciaal, omdat het de ingang vormt naar controle op de euthanasiepraktijk. En dat brengt ons bij het volgende onderbelichte punt van discussie met betrekking tot de Wtl. Want functioneert deze schakel in het controlemechanisme eigenlijk naar behoren? In hoofdstuk 5 zal aandacht besteed worden aan deze vraag, en daarnaast zal gekeken worden naar oorzaken van het niet melden van gevallen van euthanasie. Ook zullen enige oplossingsrichtingen aan bod komen voor de gevallen waarin het mechanisme niet optimaal functioneert.⁵⁶

⁵⁶ Zie hoofdstuk 5, 'De meldplicht van de arts; een lacune in het strafrechtelijk controlemechanisme', gepubliceerd in DD, 2018/64.

Wat in dat hoofdstuk 5 niet ter sprake komt maar wel relevant is, is de vraag hoe de meldplicht zich verhoudt tot het *nemo tenetur*-beginsel. Van belang is dat eerst na inwerkingtreding van de Wtl dat beginsel met name via het EHRM (toenemende) betekenis heeft gekregen. Het *nemo tenetur*-beginsel houdt – kort gezegd – in dat niemand kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken.⁵⁷ Dit roept vragen op over de verenigbaarheid van het verplicht stellen van een meldplicht van eigen en in beginsel strafbaar handelen als voorwaarde voor straffeloze euthanasie. In dat kader betogen Groenhuijsen en Jansen in een artikel waarin de meldplicht van de arts wordt vergeleken met de meldingsplichten onder de ‘Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en andere opsporingsambtenaren’ in geval van geweldsgebruik, dat gebruik van de informatie die volgt uit de meldingsplicht voor de arts als bewijs tegen de arts in een eventueel tegen hem ingestelde strafvervolgning, weliswaar afhankelijk van de omstandigheden van het geval desalniettemin volgens deze auteurs ‘neigt’ naar schending van het *nemo tenetur*-beginsel.⁵⁸ Uit vaste jurisprudentie van het Europees Hof leiden zij onder andere af dat ‘de vraag naar de mogelijke aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond doorgaans irrelevant is, omdat het EHRM heeft aangegeven dat een rechtvaardigingsgrond nooit kan worden aangewend om een schending van de kern van het *nemo tenetur*-beginsel te rechtvaardigen’.⁵⁹ Het zou daarmee niet de eerste keer zijn dat het EHRM zich uitlaat over een kwestie rondom het *nemo tenetur*-beginsel.

Die jurisprudentie van het EHRM maakt de huidige juridische regeling van straffeloosheid bij euthanasie kwetsbaar. Het EHRM kan een rol spelen omdat het *nemo tenetur*-beginsel maakt dat de verdachte geen bewijs tegen zichzelf hoeft te leveren. Dat wil niet zeggen dat de meldplicht niet zal kunnen bestaan, maar als gevolg hiervan zou de informatie die bij een melding overlegd wordt eventueel niet als bewijs in een strafzaak tegen de arts kunnen worden gebruikt. Tot nu toe is onduidelijk of die informatie inderdaad niet kan worden gebruikt.⁶⁰ Hoe het precies zit moet afgewacht worden, maar in-

⁵⁷ A. Zeeman, *Dulden of meewerken? een onderzoek naar de toepassing van het nemo teneur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing* (Dissertatie Rotterdam), Rotterdam, 2019, met name hoofdstuk 5 over de reikwijdte van het beginsel.

⁵⁸ M.S. Groenhuijsen en R. Jansen, ‘De toetsing van politiegeweld en het *nemo tenetur*-beginsel’, *DD* 2018/22

⁵⁹ EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk), par. 67-76.

⁶⁰ Het EVRM beschermt de verdachte dan tegen het gebruik van de uit de meldplicht verkregen informatie als bewijs tegen hem, wat niet wil zeggen dat een arts in het kader van een

dien blijkt dat informatie voortkomend uit de meldplicht in een eventuele strafzaak niet als bewijs tegen de meldend arts gebruikt kan worden, dan moet dat wel geregeld worden. Ook Groenhuijsen en Jansen zijn in hun conclusie voorzichtig:

‘De laatste vraag die namelijk beantwoord dient te worden, luidt als volgt: is bij de meldingsprocedure onder de Wlb sprake van een schending van de kern van het *nemo tenetur*-beginsel? Zoals gezegd, is deze vraag in z’n algemeenheid moeilijk te beantwoorden. Het antwoord hierop is namelijk sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De aard en mate van dwang die uitgaat van artikel 81 Wlb werken ten nadele van de autoriteiten bij dit oordeel. Onzes inziens hangt het beslissende antwoord hierop echter af van de casus, waarbij gekeken moet worden naar de waarborgen die tijdens de strafprocedure voor de arts hebben gegolden (...) en hoe het bewijs door zowel het OM als de rechter is gebruikt (...). Aldus is de beantwoording van deze vierde vraag per definitie afhankelijk van de omstandigheden van het geval.’⁶¹

Zolang er geen nadere concrete richting wordt gegeven door het EHRM, is het afwachten of het EHRM meent dat met de meldingsprocedure het *nemo tenetur*-beginsel geschonden wordt. De vraag is in ieder geval pas opgekomen door de deels nog onduidelijke jurisprudentie van het EHRM van na de WtI. Als op dit punt, via het EHRM, een andere weg begaan moet worden, dan heeft dat consequenties voor de reikwijdte en de betekenis van de WtI.

De Nederlandse euthanasieregeling trekt overigens sowieso al juridische aandacht van internationale instanties, zo blijkt onder meer uit de recent gepubliceerde *Concluding observations on the fifth periodic report of the Netherlands* van het Human Rights Committee van de Verenigde Naties.⁶² In dit rapport worden zorgen geuit over de beperkte toetsing vooraf bij beslissingen rond het levenseinde, en wordt aanbevolen de institutionele waarborgen rondom levensbeëindiging op verzoek te versterken, onder meer door toetsing vooraf te overwegen:

beroep op de bijzondere strafuitsluitingsgrond diezelfde informatie niet kan inbrengen in het proces als verdediging van zijn handelen.

⁶¹ M.S. Groenhuijsen en R. Jansen, ‘De toetsing van politiegeweld en het *nemo tenetur*-beginsel’, DD 2018/22

⁶² Human Rights Committee, *Concluding observations on the fifth periodic report of the Netherlands*, gepubliceerd op 25 juli 2019, p. 7.

‘The State party should strengthen the institutional safeguards to regulate euthanasia (...) including by considering the introduction of an independent ethics committee to conduct *ex ante* reviews of medical decisions on requests for termination of life or assisted suicides.’

De vraag die hiermee rijst is of het inderdaad anders moet, meer in de richting van deze aanbevelingen, of dat het mogelijk aan het Comité toch nog niet volledig duidelijk is hoe het Nederlands systeem op het gebied van euthanasie werkt en dat het Human Rights Committee eerst nader gedegen onderzoek zou moeten doen, onder andere naar de (on)mogelijkheden van toetsing vooraf.

2.4.3 Rechtsvorming, ook in zorgvuldige zaken

Een volgend onderbelicht onderdeel is rechtsvorming. Een uitspraak van het EHRM heeft consequenties voor posities en denken over de Wtl en zal daarmee van invloed zijn. Ditzelfde geldt voor een uitspraak van de nationale rechter. De afgelopen tijd heeft het OM zich meer laten zien bij zaken rondom levensbeëindiging op verzoek, zij het tot nu toe alleen bij wijze van uitzondering. Het strafrechtelijk controlemechanisme wordt hierdoor meer voelbaar. Dat het OM in 2017 een eerste strafrechtelijk onderzoek instelde in een euthanasiezaak, lijkt een strategische keuze. In eerdere zaken waren al aanknopingspunten te vinden om een strafrechtelijk onderzoek te starten.⁶³ Het recente optreden van het OM is daarmee ook een omslagpunt. Het strafrechtelijk onderzoek naar de arts in Tuitjenhorn is hier ook een illustratie van: het strafrecht staat niet meer op afstand, of in ieder geval minder op afstand. De wijze waarop het OM haar rol nu vervult, maakt dat de arts meer dreiging kan ervaren vanuit het strafrecht. Het kan betekenen dat de arts bij de uitvoering van euthanasie niet meer alleen aan zijn patiënt denkt, maar ook aan de mogelijke juridische gevolgen. Tegelijkertijd lijkt het ook wenselijk om bij de beantwoording van (inmiddels) rijzende vragen omtrent het functioneren en de interpretatie van de Wtl, twintig jaar na inwerkingtreding hiervan, enig houvast te kunnen hebben aan rechtsvorming door rechtspraak. Dat houvast bood de rechtspraak voor de Wtl (immers) ook.

Een oplossing voor het ontbreken van rechtspraak en voor het feit dat de arts door de actievere houding van het OM dreiging kan ervaren, ligt in de moge-

⁶³ Te denken valt aan de eerder besproken uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege Zwolle: GJ 2006/112, Regionaal Tuchtcollege Zwolle, 18-05-2006, 106/2005 (annotatie).

lijkheid van cassatie in het belang der wet tegen uitspraken van de Rte. Dit buitengewone rechtsmiddel is in art. 456 Sv jo. art. 78 Wet RO opgenomen en biedt aan de Procureur-Generaal van de Hoge Raad de mogelijkheid een cassatieberoep in te stellen tegen aldaar genoemde beslissingen. De oordelen van de Rte's worden in het wetsartikel thans niet genoemd. In relatie tot oordelen van de Rte is dit idee onlangs uitdrukkelijk onder de aandacht gebracht door Mevis:

‘Als men de arts buiten de strafvervolgning wil houden maar toch rechtsvormende rechtspraak wil uitlokken, dan zou tegen beslissingen van de Rte's – binnen het bestaande stelsel – cassatie in het belang der wet open kunnen worden gesteld. (...) Cassatie in het belang der wet biedt het voordeel van de beslissing binnen een bepaalde zaak, maar hoeft voor de arts geen consequenties te hebben.’⁶⁴

In het Rte-jaarverslag van 2016 liet coördinerend voorzitter Kohnstamm zich positief uit over de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet. Hij zag hierin net als Mevis een weg om rechtsvorming en grotere rechtszekerheid te bevorderen: ‘Zo zouden juridisch relevante vragen over de interpretatie van de WTL aan de Hoge Raad voorgelegd kunnen worden, zonder dat de te goeder trouw handelende uitvoerend arts onderworpen wordt aan een langdurige en als pijnlijk ervaren rechtsgang.’⁶⁵

Toch zijn er in de literatuur ook tegenstanders van cassatie in het belang der wet te vinden. Zo schrijft Vis: ‘Kort en goed: aan het voorstel kleven bezwaren omtrent de noodzaak, de systematische inbedding ervan en – *last but not least* – omtrent de wenselijkheid. Het zou mijns inziens een onverstandige stap zijn om met het creëren van een buitengewone rechtsgang waarvan de noodzaak weinig helder is, een mogelijke inperking van de reikwijdte van de WTL te introduceren, als een *devil in disguise*.’⁶⁶

Voor de toekomst rijst de vraag of cassatie in het belang der wet inderdaad een oplossing kan bieden voor het feit dat de arts door de actievare houding van het OM dreiging kan ervaren, en tegelijk de behoefte aan rechtsvorming

⁶⁴ P.A.M. Mevis, ‘Over de randen van de euthanasiewetgeving’, *DD* 2016/35

⁶⁵ Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, jaarverslag 2016, p. 7.

⁶⁶ T. Vis, ‘Cassatie in het belang der wet tegen oordelen van de RTE's: wat lost het op?’, in L. de Vito (red), *15 jaar euthanasiewet*, Amsterdam: NVVE 2017.

door middel van rechtspraak kan opvullen. De conclusie op deze vraag volgt in hoofdstuk 12.

Rechtshandhaving

Het strafrechtelijk handhavingsmodel impliceert thans dat wanneer de arts niet voldoet aan de vereisten voor straffeloze euthanasie, artikel 293 lid 1 Sr zijn strafbaarheidswerking gaat doen. De arts wordt dan het verwijt van een levensdelict gemaakt. Men kan de vraag opwerpen of het niet ook een optie is dat een arts die zich niet aan de zorgvuldigheidscriteria houdt, niet direct vervolgd wordt voor het zware misdrijf tegen het leven (levensbeëindiging op verzoek), en bij twijfel over het uitdrukkelijk en ernstig verlangen van de betrokken patiënt zelfs voor moord. In dat kader is wel eens nagedacht over het formuleren van een aparte, specifieke strafbepaling met het verwijt van het (enkele) niet naleven van de zorgvuldigheidscriteria. R Emmelink merkt op dat de Hoge Raad de betrokken wettekst kan aanvullen, net zoals hij dat deed op het terrein van pornografie⁶⁷: ‘In ons geval zou hij dan in de woorden ‘met voorbedachten rade’ moeten inlezen het afwezig zijn van de exceptionele en mitsdien uit de bewijsmiddelen af te leiden situatie waarin de dader (...) kennelijk te goeder trouw heeft gehandeld en kunnen handelen. Hij zou dan goedkeuren dat de rechter die bonafide, doch overigens niet feilloos gehandeld hebbende arts zou ontslaan van rechtsvervolging, voor zover de tenlastelegging op moord betrekking heeft: niet alle bestanddelen van art. 289 Sr zijn immers vervuld.’⁶⁸

Recent is een wetswijziging aangenomen door de Tweede Kamer in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak. Met deze wetswijziging wordt in het Wetboek van Strafrecht een delictsomschrijving opgenomen, inhoudende de strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie, wanneer dit aan de schuld van de opsporingsambtenaar te wijten is.⁶⁹ Als motivering daarvoor wordt gegeven:

⁶⁷ J. R Emmelink ‘Verweren in ‘euthanasie’-strafzaken’, in Groenhuijsen, M. S., & Simmelink, J. B. H. M. (Eds.) (2003). *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP).

⁶⁸ J. R Emmelink ‘Verweren in ‘euthanasie’-strafzaken’, in Groenhuijsen, M. S., & Simmelink, J. B. H. M. (Eds.) (2003). *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP).

⁶⁹ Kamerstukken II, 2016/17, 34641, nr. 3.

‘Zoals hierboven reeds opgemerkt, maken de taken die aan opsporingsambtenaren zijn opgedragen en het bijbehorende geweldsmonopolie, dat de opsporingsambtenaar een speciale positie inneemt. Deze positie vindt onvoldoende erkenning wanneer een opsporingsambtenaar naar aanleiding van door hem in de uitoefening van zijn functie onrechtmatig aangewend geweld alleen kan worden vervolgd voor hetzelfde delict als waarvoor een persoon zonder geweldsbevoegdheid die geweld heeft gebruikt zou worden vervolgd. Zij bevinden zich immers niet in een gelijke situatie.’⁷⁰

Deze wetswijziging waarin iemand – toch in een soortgelijke positie als de arts in euthanasiezaken – onder een lichter regime valt door middel van een aparte strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie, roept vragen op voor de positie van de arts in euthanasiezaken. Is een soortgelijke clause inmiddels ook wenselijk bij schending van de zorgvuldigheidsvereisten uit de Wtl, zodat de arts bij het niet-naleven van de zorgvuldigheidscriteria niet direct wordt vervolgd voor een levensdelict? Deze vraag zal beantwoord worden in de slotbeschouwing van dit onderzoek.

2.4.4 Grenzen aan de Wtl?

Een volgend punt van discussie gaat over de toepassing c.q. het toepassingsbereik van de Wtl. Direct na ontvangst van een melding door de arts maakt de secretaris van de Rte aan de hand van een checklist een onderscheid tussen een ‘vragen oproepende melding’ (VO) en een ‘niet vragen oproepende’ melding (NVO). Een groot aantal betreft ‘niet vragen oproepende’ meldingen. Een aantal van de niet vragen oproepende meldingen worden door de Rte schriftelijk afgedaan. Het oordeel is steeds ‘zorgvuldig’.⁷¹ Is er daarmee (inmiddels) eigenlijk niet een categorie zaken waarvoor het uniforme toetsingsstelsel van de Wtl eigenlijk als het ware ‘te zwaar’ is? Is het langzamerhand, twintig jaar na de inwerkingtreding van de Wtl, mogelijk en wenselijk om (categorieën van) standaardzaken te onderscheiden waarover men het eens is als categorieën die misschien zelfs onder het strafrechtelijk controlemechanisme uit kunnen? Toen de wet in werking trad, was nog onduidelijk wat het effect van die wet zou zijn. Daarom moest iedere zaak onder het bereik van het strafrechtelijk controlemechanisme vallen. Is dat nog steeds nodig? In de eerder genoemde Aanwijzing heeft het OM zorgvuldigheidscriteria

⁷⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34641, nr. 3, p. 13

⁷¹ Richtlijnen werkwijze RTE 2019, art. 14, p. 8

nader gedifferentieerd.⁷² Daaruit blijkt dat volgens het OM alleen het niet nalaten van wat het OM ‘kerncriteria’ noemt, nog tot vervolging moet leiden. Kan c.q. moet er inmiddels een vervolgstap gezet worden?

Tegelijkertijd is er ook kritiek de andere kant op: wordt de toepassing van de Wtl niet steeds gemakkelijker, waardoor er sprake is van uitholling van de criteria van de Wtl, met name die van uitzichtloos en ondraaglijk lijden? Den Hartogh meent: ‘Er is een sluipend proces gaande van uitholling van de zorgvuldigheidseisen. De patiënt lijdt ondraaglijk als hij zegt dat hij ondraaglijk lijdt, en een alternatief is geen redelijk alternatief als de patiënt het afwijst.’⁷³ Chabot sluit zich hierbij aan en meent dat de Wtl zich onterecht is gaan uitstrekken tot gevallen van dementie en psychiatrie: ‘Ik zie niet hoe we de geest weer in de fles krijgen. Het zou al heel wat zijn als we erkennen dat hij eruit is.’⁷⁴

Het antwoord op de vraag of nadere differentiatie aangewezen is, volgt in hoofdstuk 12.

2.4.5 Barmhartigheid en levensbeëindiging bij kinderen

De ‘daad van barmhartigheid’ door een huisarts voor haar moeder speelde in de eerste rechtelijke uitspraak omtrent euthanasie een belangrijke rol in het euthanasiedebat.⁷⁵ De behoefte aan barmhartigheid tezamen met de behoefte aan zelfbeschikking blijken de twee belangrijkste pijlers waarop de Wtl rust. De plicht van de arts tot het verlichten van ondraaglijk en uitzichtloos lijden (het beginsel van barmhartigheid) wordt beschouwd als een zwaarwegende morele grondslag voor het toestaan van euthanasie en kan materieel beschouwd worden als het dragende beginsel achter de wet, hoewel de wetgever formeel geen rangorde in de toepasselijke beginselen heeft aangegeven.⁷⁶ Dit dragende beginsel van de Wtl gaat uit van (ondraaglijk) lijden en van het gegeven dat voor het arts geoorloofd is om binnen de grenzen van medisch verantwoorde of in elk geval geaccepteerde beroepsuitoefening aan dit lijden

⁷² Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake actieve levensbeëindiging op verzoek (euthanasie en hulp bij zelfdoding) (2017A002), *Stc.* 2017, 27069.

⁷³ G.A. den Hartogh, *Stervenshulp holt zorgvuldigheidseisen uit*, *Medisch Contact* 72, 16 februari: 34-36.

⁷⁴ Boudewijn Chabot, *De weg kwijt, de zorgelijke staat van de euthanasiewet*, Amsterdam: Nijgh & van Ditmar, p. 45.

⁷⁵ Rb. Leeuwarden 21 februari 1973, ECLI:NL:RBLLE:1973:AB5464, *NJ* 1973, 83 (Postma).

⁷⁶ Pans 2006, p. 215.

een einde te maken, vanwege de ondraaglijkheid ervan. De criteria zijn daarbij onder andere gekoppeld aan de wil van de patiënt, en daar begint een volgend problematisch punt van de Wtl. Binnen de Nederlandse regelgeving worden diverse leeftijdscategorieën onderscheiden. De betekenis van de vrije wilsbeschikking wordt bij patiënten jonger dan 16 jaar ingeperkt, bij patiënten jonger dan 12 jaar nog meer ingeperkt, en voor 0-1-jarigen is er een aparte regeling waarin het naar zijn aard vanzelfsprekend geheel ontbreken van de mogelijkheid voor de patiënt om zijn of haar wil te verklaren, niet meer problematisch blijkt. De regeling rondom euthanasie in Nederland maakt duidelijk dat wij *in ultimo* het actief beëindigen van het leven zien als een onder omstandigheden geoorloofde vorm van lijdensbeëindiging. Het is de vraag of de (gelijke) aard van het lijden dit juridisch onderscheid in leeftijdscategorieën wel steeds of voldoende rechtvaardigt. Aan dit onderbelichte aspect van de regeling van levensbeëindiging zal hierna in de hoofdstukken 8-11 nader aandacht besteed worden.

2.4.6 Hulp bij zelfdoding door de niet-arts straks mogelijk?

De Wtl bestaat bij de gratie van het feit dat de enige die levensbeëindigend mag handelen, althans op grond van artikel 293 lid 2 Sr, de arts is. Die regeling, met de arts als middelpunt, is een product van haar tijd: ze behelst als uitkomst van het wetgevingsproces datgene wat *toen* haalbaar was. Zonder dat de Wtl zelf verandert, komt de positie van de arts anders te liggen wanneer een ‘voltooid leven’-wet in werking treedt en het ook voor de niet-arts mogelijk wordt om hulp bij zelfdoding bij een naaste straffeloos toe te passen. Een wetsvoorstel door D66 is aangekondigd; een conceptwetsvoorstel is reeds gepubliceerd.⁷⁷ Is er voldoende nagedacht over de gevolgen van zo’n eventuele wetswijziging voor de Wtl?⁷⁸ Er zou daarmee een tweede spoor naast de Wtl ontwikkeld worden, dat zou maken dat het oorspronkelijke concept van de Wtl mogelijk uitgehold wordt. Het landschap rondom levenseindebeslissingen in Nederland zal dan mogelijk veranderen zonder dat de Wtl zelf verandert; de exclusiviteit van het ‘Wtl-model’ staat onder druk. Aangezien het hier om een externe factor gaat – ten opzichte van de Wtl – wordt hier met deze enkele constatering volstaan.

⁷⁷ Conceptwetsvoorstel Voltooid Leven, te raadplegen via: <https://d66.nl/content/uploads/sites/2/2016/12/Wet-toetsing-levenseindebegeleiding-van-ouderen-op-verzoek.pdf>

⁷⁸ Zie over de ‘voltooid leven’-problematiek nader P. Schnabel e.a., *Voltooid leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten*, Den Haag: Adviescommissie Voltooid Leven 2016.

2.5 Afsluiting van dit hoofdstuk: de Wtl onder druk (?)

Het bovenstaande moge duidelijk maken dat er op onderdelen discussie gevoerd wordt over het voor de regeling van straffeloosheid van levensbeëindiging gekozen model. Wat zijn de consequenties die daaraan verbonden moeten worden? Betekent het dat de Wtl op de besproken onderdelen moet worden aangepast? Moet er opnieuw een staatscommissie komen om de materie eerst meer integraal te bestuderen? Of dient eerst het maatschappelijk debat afgewacht te worden? Kan de rechter van betekenis zijn bij genoemde knelpunten? Of moet de gehele Wtl op de schop?

De Wtl is een product van zijn tijd, gevormd door het (academisch) debat uit de jaren zeventig en tachtig, door ontwikkelingen in de jurisprudentie, door ontwikkelingen op medisch ethisch vlak en door de beperkte politieke ruimte die er op dat moment bestond voor een regeling, zowel het enkele tot stand komen als de inhoud ervan. De huidige regeling van straffeloosheid ter zake van euthanasie, uitgevoerd door een arts, bestaat uit drie pijlers: het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de Lijkbezorging en de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. Het heersend beeld in de praktijk en maatschappij is dat de wet, ondanks een aantal grotere discussiepunten, naar behoren functioneert. Het bovenstaande laat echter zien dat ook sprake is van problematiek *binnen* of in relatie tot de Wtl die onderbelicht dreigt te blijven. Het lijkt erop dat er, naast de aandacht voor de thema's die leiden tot het positieve beeld over het functioneren van de Wtl, bij bestudering van de details van de Wtl ook bepaalde minder sterk belichte discussiepunten naar voren komen die nog onvoldoende uitgekristalliseerd zijn, en die meer aandacht verdienen dan zij thans krijgen.

In de hierna volgende hoofdstukken wordt nader ingegaan op een aantal van deze discussiepunten omtrent het functioneren van de Wtl. In het bovenstaande zijn daarnaast – in aansluiting op de thema's in de volgende hoofdstukken – mede ter inleiding ook nog enige andere thema's verkend. Op basis van dit tweede hoofdstuk, en in combinatie met de afzonderlijke hoofdstukken 3 tot en met 11, wordt in de overkoepelende slotbeschouwing de vraag bezien of de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar behoren functioneert, of dat er onderliggend meer problemen spelen dan op het eerste gezicht lijkt. Daarbij worden enige gedachten over de toekomst van de Wtl en de inrichting van onderdelen van de regeling aangaande straffeloze euthanasie geformuleerd.

Nederlandse samenvatting **HOOFDSTUK 3**

Hoofdstuk 3 bevat een algemeen artikel over het geldend recht in Nederland. Deze publicatie is geschreven voor een Duitstalig publiek en vormt voor dit onderzoek een overkoepelende beschrijving van het geldend recht en van enige discussiepunten.

De wettelijke regeling omtrent euthanasie en hulp bij zelfdoding door een arts kan alleen begrepen worden op basis van de historische ontwikkelingen die daaraan vooraf gingen. Het systeem bestaat uit een evenwicht tussen drie pijlers: het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de lijkbezorging en de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. In het kader van deze wetgeving is in 2002 een mechanisme in het leven geroepen op basis waarvan de arts wordt voorzien in een instrument om het leven van een ondraaglijk en uitzichtloos lijdende patiënt te beëindigen. Het systeem functioneert over het algemeen, in de overgrote meerderheid van de 'standaardgevallen' zoals is bedoeld. Het gaat dan om volwassen patiënten die capabel zijn tot het doen van een rechtsgeldig verzoek, lijdend aan een ernstige, meestal dodelijke ziekte (kanker), en zich (bijna) in de laatste fase van het leven bevinden. Dit betekent echter niet dat er geen aspecten van het wettelijk systeem aan de orde zijn waarover discussie bestaat. In dit hoofdstuk worden vier discussiepunten besproken: de grens tussen intensieve vormen van symptoombestrijding zoals palliatieve sedatie en levensbeëindiging, levensbeëindiging in geval van psychiatrisch lijden, levensbeëindiging op grond van een schriftelijke wilsverklaring en de discussie over strafbaarheid van hulp bij zelfdoding, met als specifieke voorbeeld binnen deze categorie gevallen van een voltooid leven.

Ärztliche Sterbebegleitung in den Niederlanden: kontrollierte Ausnahme⁷⁹

3.1 Einführung

Über die niederländische gesetzliche Regelung zur ärztlichen Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid⁸⁰ ist schon viel geschrieben worden.⁸¹ Dabei wird auch manches missverstanden. Unserer Ansicht nach kann das derzeitige niederländische Modell nur aus seiner his-

⁷⁹ Dit hoofdstuk is als artikel is gepubliceerd: Mevis P.A.M., Postma L., van de Wetering V.E., Ärztliche Sterbebegleitung in den Niederlanden: kontrollierte Ausnahme in Lutz Eidam & Michael Lindemann (Hrsg.), 'Grundfragen und aktuelle Herausforderungen der ärztlichen Sterbebegleitung'. *Schriften zum Medizinstrafrecht*, Band 10, Baden-Baden, Nomos: 2019, p. 31-67. De tekst is inhoudelijk afgesloten in juni 2019.

⁸⁰ Es ist wichtig, einen Unterschied zwischen Tötung auf Verlangen einerseits und Hilfe bei der Selbsttötung andererseits vorzunehmen. Für Hilfe bei der Selbsttötung verwenden wir den Begriff 'assistierter Suizid' oder 'Hilfe bei der Selbsttötung'. Der Begriff 'Sterbebegleitung' bezieht sich auf beide Modalitäten. Andere Formen der Sterbebegleitung, insbesondere palliative Sedierung, werden nachstehend unter 5.1 und nur im Vergleich zur Tötung auf Verlangen und zum assistierten Suizid kurz besprochen.

⁸¹ Siehe vor allem M. Lindemann & P.A.M. Mevis, Recent developments in the Legislation and Case-Law on Euthanasia and Assisted Suicide – A Comparative Analysis of the Situation in Germany and the Netherlands, in: J. Hruschka & J.C. Joerden (Eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik (Annual Review of Law and Ethics)* Band 24, Berlin: Duncker & Humblot, S. 357-387. Siehe zudem M.S. Groenhuijsen & F. van Laanen, Euthanasia in the Broader Framework of Dutch Penal Policies, in: M.S. Groenhuijsen & F. van Laanen (Hrsg.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nimwegen: Wolf Legal Publishers 2006, S. 195-225; J. Griffiths, H. Weyers & M. Adams, *Euthanasia in Law in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2008, K. Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Heidelberg: Springer 2011 und J. Legemaate & I. Bolt, The Dutch Euthanasia Act: Recent Legal Developments, *European Journal of Health Law* 2013/20.

torischen Entwicklung heraus verstanden werden. Es handelt sich um ein typisch niederländisches Modell, das ebenfalls von der Auffassung des (Straf)rechts und der ärztlichen Sterbebegleitung bei Ärzten und Juristen sowie in der niederländischen Gesellschaft im Allgemeinen geprägt wird. Vor dem Hintergrund dieser Aspekte werden wir im Folgenden die Systematik des aktuellen niederländischen Rechts zur ärztlichen Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid erläutern. Wir skizzieren die Rechtslage und den Hintergrund (Teil 2 und 3) und gehen auf die Wirksamkeit des geltenden Rechts (Teil 4) ein. In Teil 5 werden wir einige wichtige aktuelle Diskussionspunkte separat besprechen.

3.2 Historische Entwicklung

Die historische Entwicklung des niederländischen Rechts lässt sich an drei Eckpfeilern festmachen. Die Entwicklung nimmt ihren Anfang beim Strafgesetzbuch 1886, das auch heute noch in Kraft ist. Der zweite Eckpfeiler ist die Grundsatzentscheidung der Strafkammer des *Hoge Raad der Nederlanden* (Oberster Gerichtshof der Niederlande)⁸² (Strafkammer) vom 27.11.1984. Der dritte Eckpfeiler ist das Inkrafttreten des – kurz beschriebenen – Sterbehilfegesetzes 2002⁸³ am 1.4. 2002.

3.2.1 Strafgesetzbuch 1886 = Strafgesetzbuch 2018; die Strafbestimmungen des Artikel 293 und Artikel 294 StGB-NL

Das derzeitige niederländische Strafgesetzbuch (StGB-NL) stammt aus dem Jahre 1886. Von Anfang an ist darin Tötung auf Verlangen wie auch assistier-

⁸² Der *Hoge Raad* ist das höchste niederländische Gericht, das als Kassationsgericht in Zivilsachen, in Strafsachen und in Steuersachen tätig ist. Der *Hoge Raad* ist das höchste niederländische Gericht im jeweiligen Rechtsgebiet. Das niederländische Rechtssystem kennt kein Verfassungsgericht und keine Verfassungsgerichtsbarkeit. Es ist dem niederländischen Gericht untersagt, ein parlamentarisches Gesetz auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz hin zu überprüfen. Das niederländische Recht findet laut Grundgesetz jedoch keine Anwendung, wenn diese Anwendung im Widerspruch zu einer für jedermann verbindlichen Vertragsbestimmung steht.

⁸³ Vollständig: Gesetz vom 12. April 2001 über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung und zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen (Gesetz über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung), Staatsblad 2001/194). Die vollständige Darstellung illustriert, wie noch weiter zu erklären ist, dass es nicht (nur) um Sterbebegleitung geht, sondern in erster Linie um ‚Kontrolle‘ bei der (ärztlichen) Lebensbeendigung.

ter Suizid als Straftat (Verbrechen⁸⁴) unter Strafe gestellt.⁸⁵ Es handelt sich um die Artikel 293 und 294 StGB-NL. Das geschützte Rechtsgut ist in beiden Fällen die ‚Respektlosigkeit‘ gegenüber dem Leben des Anderen, trotz dessen freiwilliger Entscheidung und Verlangen, sein Leben beenden zu wollen.

In der Struktur der Strafbarkeit hat sich seitdem nichts Grundsätzliches geändert: Artikel 293 StGB-NL 1886 und StGB-NL 2018 (seit dem Sterbehilfegesetz 2002 Abs. 1) lautet:

‘Wer vorsätzlich das Leben eines Anderen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen hin beendet, wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwölf Jahren oder mit einer Geldstrafe der fünften Kategorie bestraft’.⁸⁶

Das gilt auch für (die Struktur der) Strafbarkeit von assistiertem Suizid. Artikel 294 StGB-NL 1886 lautete:

‘Wer einen Anderen vorsätzlich zur Selbsttötung anstiftet, bei der Selbsttötung behilflich ist oder ihm die dazu erforderlichen Mittel verschafft, wird, wenn die Selbsttötung vollzogen wird, mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.’

Seit 2002 ist Artikel 294 StGB-NL 1886 in zwei Absätze unterteilt:

‘1. Wer einen Anderen vorsätzlich zur Selbsttötung anstiftet, wird, wenn die Selbsttötung vollzogen wird, mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe der vierten Kategorie bestraft.

2. Wer einem Anderen vorsätzlich bei der Selbsttötung behilflich ist oder ihm die dazu erforderlichen Mittel verschafft, wird, wenn die Selbsttötung vollzogen wird, mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe der vierten Kategorie bestraft. (...)’.⁸⁷

⁸⁴ Das niederländische Strafgesetzbuch kennt eine Zweiteilung der Delikte (‚misdrijven‘ und ‚overtredingen‘), die sich in gewissem Maße mit der deutschen Zweiteilung in Verbrechen und Vergehen vergleichen lässt.

⁸⁵ Selbsttötung an sich ist nicht strafbar. Damit ist strafbare Hilfe bei der Selbsttötung ein eigenständiges Delikt und keine Form der Mittäterschaft, wie es auch der Fall bei der Hilfeleistung gegenüber einem Gefangenen ist, um aus einer Justizvollzugsanstalt auszubrechen. Der Gefangene, der zu fliehen versucht, ist daher nicht strafbar, der Dritte, der ihm dabei behilflich ist, jedoch sehr wohl.

⁸⁶ Eine Geldstrafe der fünften Kategorie beläuft sich, nach Artikel 23 StGB-NL, seit dem 1.1.2018 auf höchstens 83.000 €. Das niederländische Strafrecht kennt kein Tagessatz-System.

⁸⁷ Eine Geldstrafe der vierten Kategorie beläuft sich, nach Artikel 23 StGB-NL, seit dem 1.1.2018 auf höchstens 17.750 €.

Die Tötung auf Verlangen in Artikel 293 I StGB-NL ist damit ein Sonderfall des Totschlags. Letzterer wird nach Artikel 287 StGB-NL mit 15 Jahren Freiheitsstrafe geahndet; bei Tötung auf Verlangen wird das Maximum der Freiheitsstrafe um ein Drittel auf 12 Jahre reduziert. Das sind sieben Jahre mehr als in Artikel 261 des deutschen Strafgesetzbuchs bei Tötung auf Verlangen vorgesehen ist.

Auch assistierter Suizid war und ist nach dem niederländischen Recht strafbar. Er wird jedoch mit einer sehr viel geringeren Strafe bedroht: nicht mit zwölf, sondern ‚nur‘ mit drei Jahren Freiheitsstrafe.⁸⁸ Dabei ist wichtig, dass der assistierte Suizid überhaupt erst strafbar ist, wenn die Selbsttötung vollzogen wird.⁸⁹ Damit sind diese beiden Delikte im Vergleich zueinander recht unterschiedlich. Wichtig ist jedoch auch deren Gemeinsamkeit: die Strafbarkeit. In den Niederlanden ist sowohl die Tötung auf Verlangen, als auch der assistierte Suizid seit 1886 strafbar. Und das ist bis zum heutigen Tage so.

Die Strafbarkeit trifft dabei auch den Arzt. Es gibt weder in Artikel 293 I StGB-NL noch in Artikel 294 II StGB-NL Ausnahmen für den Arzt bei der Definierung der Tatbestände. Auch wenn ein Arzt auf Verlangen tötet oder assistierten Suizid leistet, tut er etwas, das im StGB-NL unter Strafe gestellt wird; der Arzt tut etwas, was im Bereich eines Strafparagrafen liegt. Damit ist nicht gesagt, dass die Tat im Einzelfall immer strafbar ist und/oder sich der Arzt immer strafbar macht, aber die Strafbarkeit des Handelns an sich ist die fundamentale Grundlage, auf die sich das niederländische Recht im Bezug auf den ärztliche Sterbebegleitung seit 1886 stützt. Auch das Sterbehilfegesetz 2002 hat an diesem Fundament grundsätzlich nichts geändert. Das Handeln des Arztes ist auf der Ebene der Tatbestandteile nicht von der Strafbarkeit ausgenommen. Ärztliche Tötung auf Verlangen und ärztlich assistierter Suizid sind nicht als ‚normales‘ ärztliches Handeln definiert. Es handelt sich nicht um ‚normale‘ medizinische Behandlungen, die zum gesundheitsrechtlichen Handeln bzw. zu den Pflichten des Arztes gehören, die ‚nur‘ über Disziplinarrecht und -verfahren kontrolliert werden. Assistierter Suizid und Tötung auf Verlangen stellen keine ‚natürliche Todesursache‘ dar; der Patient stirbt keines ‚natürlichen Todes‘. Hier liegt der Unterschied zur palliativen Sedierung.

⁸⁸ Da die Höchststrafe nach Artikel 294 Absatz 2 ‚nur‘ drei Jahre beträgt, sind U-Haft und bestimmte andere Ermittlungsmaßnahmen nicht möglich.

⁸⁹ Es handelt sich um einen sog. ‚zusätzlichen Tatbestand‘, der keinen kausalen Zusammenhang oder Schuldvorwurf verlangt.

Damit bleibt das Strafgesetzbuch eines der (drei) relevanten Gesetze, die das Recht der ärztlichen Sterbebegleitung darstellen; das Strafgesetzbuch bildet das Fundament der Rechtslage. Das heißt natürlich nicht, dass sich seit 1886 nichts geändert hat. Das Sterbehilfegesetz 2002 stellt sogar eine grundlegende Änderung der Rechtslage dar. Aber die Änderung greift an einem anderen Punkt an. Sie bewirkt gerade keinen Ausschluss der Strafbarkeit des ärztlichen Handelns in den Tatbeständen der Tötung auf Verlangen oder des assistierten Suizids.

3.2.2 Wie sind ‚wir‘ an diesen Punkt gekommen? Anlauf zum Sterbehilfegesetz; die Grundsatzentscheidung des Hoge Raad (Strafkammer) von 27.11.1984

In den 60er- und 70er-Jahren des vorigen Jahrhunderts gab es breite gesellschaftliche Debatten in den Medien und unter Experten aus sehr verschiedenen Fachgebieten und Überzeugungen, ob Ärzte bei schwerem Leiden, insbesondere in der Sterbephase, u. U. nicht auch die aktive Tötung auf Verlangen als Ausweg einsetzen dürften, um weiteres schweres Leiden zu vermeiden.⁹⁰ Unter Ärzten wuchs die Überzeugung, dass dies u. U. zum ärztlichen Handeln gehören könnte, dass die medizinische Ethik und das medizinische Berufsrecht des Arztes dies u. U. zulassen würden und auch zulassen sollten. Dieser Auffassung schlossen sich auch Juristen an. Mit dieser Debatte sind die Namen von drei Juristen unverbrüchlich verbunden. Der Strafrechtler Enschedé meinte, das Strafrecht sei einfach nicht für einen Arzt geschrieben, der nach den Regeln seiner Kunst handle. Wenn aktive Tötung als ärztliche Sterbebegleitung begangen wird, dann wäre seiner Meinung nach Artikel 293 StGB-NL nicht auf einen Arzt und auf ärztliches Handeln in Übereinstimmung mit medizinischem Recht und medizinischer Ethik anwendbar. Er plädierte damit für die Anerkennung der sog. ‚medizinische exception‘ (medizinischen Ausnahme). Aufgrund dessen hat das Strafrecht keinen Bezug auf medizinisches Handeln. Der Gesundheitsrechtler Leenen argumentierte, dass Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid nicht nur ein medizinisch-ethisches, sondern ein allgemein-ethisches Problem betreffe, bei dem sich die rechtliche Frage stelle, wann, wer und wie jemand einen Menschen bei dessen Wahl für ein ‚Sterben in Würde‘ begleiten dürfe; dafür gibt es keine ‚medizinischen Indikationen‘. Auch wuchs die Überzeugung, dass der Bürger u. U. von einem Arzt als ‚Torhüter des Medizinschranke‘ die

⁹⁰ Einen informativen Überblick bietet H.A.M. Weyers, *Euthanasie: het proces van rechtsverandering*, Groningen 2002, Einsichtnahme über <https://www.rug.nl/research/portal/files/3046024/thesis.pdf>.

Medikamente zur Selbsttötung zu Verfügung gestellt bekommen dürfe; die sogenannte ‚Pille von Drion‘, die nach einem Plädoyer in dieser Richtung von Drion, seinerzeit Richter im *Hoge Raad der Nederlanden*, benannt wurde. Dieser letztgenannten Auffassung liegt ein starkes Selbstbestimmungsrecht zugrunde. Gesellschaftlich wie politisch zeichnete sich eine Mehrheit für eine Änderung der Rechtslage ab. Das galt auch für die Mehrheit im Parlament, jedoch nicht innerhalb der verschiedenen Regierungskoalitionen in diesen Jahren. Die christlich orientierten Parteien haben eine Änderung der Rechtslage mehr oder weniger blockiert. Diese politische ‚Sackgasse‘ wurde dann von der Strafkammer des *Hoge Raad* mit der Grundsatzentscheidung vom 27.11.1984 (Fall Schoonheim⁹¹) durchbrochen.

Es ist wichtig zu verstehen, dass es sich dabei um ein Urteil eines Strafgerichts handelt. Ein Gericht hat nicht die Möglichkeit, das Gesetz an sich zu ändern. Ein Strafgericht hat letztendlich nicht mehr Möglichkeiten, als ihm im Rahmen des StGB-NL zustehen. Die Strafkammer des *Hoge Raad* nutzte die Möglichkeit des Notstands – ein allgemeiner strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund.⁹² Er urteilte, dass ein Arzt, der sich vor die Wahl gestellt sieht, das Gesetz nicht zu brechen/keine Straftat zu begehen, der aber zugleich mit der ärztlichen Pflicht konfrontiert wird, einen schwerkranken Patienten nicht weiter unerträglich leiden zu lassen und sich in dieser Zwangsposition dafür entscheidet, das Leben des Leidenden zu beenden, als *Mittel* zur Leidensbekämpfung mit seinem Handeln im Bereich von Artikel 293 I StGB-NL bleibt. In dieser Situation kann der Arzt den allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund des Notstands anrufen. Sein Handeln ist strafbar, jedoch gerechtfertigt, weil es im Notstand vollzogen wurde. Der Notstand ergibt sich dem *Hoge Raad* zufolge aus der Pflichtenkollision des StGB-NL und der (ärztlichen) Pflicht, dem Patienten weiteres unerträgliches Leiden zu ersparen, sofern – noch immer laut dem *Hoge Raad* – die Befreiung von weiterem Leiden (ob durch Tötung auf Verlangen oder durch ärztlich assistiertem Suizid) mit den professionellen Prinzipien der Medizin und den medizinisch-ethischen Standards im Einklang ist. Da es sich um eine Straftat – um strafbares Handeln – handelt, muss die Rechtfertigung (vor der Geset-

⁹¹ Hoge Raad 27.11.1984, Nederlandse Jurisprudentie 1985/107 mit Unterschrift von Th.W. van Veen.

⁹² Nach Artikel 40 StGB-NL ist derjenige nicht strafbar, der ‚een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen‘ (eine Handlung begeht, zu der er durch höhere Gewalt gezwungen wird).

zesänderung in 2002: der Rechtfertigungsgrund des Notstands) im Einzelfall im Nachhinein festgestellt werden.

Auf dieser Grundlage des im Nachhinein festzustellenden strafrechtlichen Rechtfertigungsgrunds des Notstands hat sich in den Jahren vor und nach 1984 eine konstante Rechtsprechung des *Hoge Raad* und anderer Strafgerichte entwickelt, in welcher die Kriterien des zu rechtfertigenden Notstands für den Arzt immer genauer beschrieben wurden. Nicht ohne Grund ist diese Rechtsprechung von manchen Seiten als Quasigesetzgebung bezeichnet worden. Dieser Begriff ist zutreffend; als sich nämlich 1994 die Christdemokraten zum ersten Mal nicht an der Regierung beteiligten, wollten die anderen Parteien die (voraussichtlich eine, auf vier Jahre beschränkte) Legislaturperiode dazu nutzen, um ein Sterbehilfegesetz durch beide Kammern des Parlaments zu bringen. Dieser Hintergrund einer gewissen ‚Zeitklammer‘ erklärt teilweise, weshalb der Gesetzgeber sich dazu entschied, die Rechtsprechung der Strafkammer des *Hoge Raad* als höchstem niederländischem Strafgerichtshof mehr oder weniger zu kodifizieren. Darin war ein Modell enthalten, wenn auch ein sehr spezifisches Modell: der Notstand als Ausnahme bei der Strafbarkeit. Es hätte auch andere Möglichkeiten und Modalitäten für eine gesetzliche Regelung gegeben. Zum Beispiel das von Enschedé befürwortete Modell in dem ärztliche Sterbebegleitung nach den ‚Regeln der Kunst‘ (Regeln des medizinischen Rechts und der medizinischen Ethik) außerhalb des Strafrechts hätte definiert werden können. Diese und andere Alternativen wurden jedoch vom Gesetzgeber nicht genutzt, unter anderem deshalb, weil das (strafrechtliche) Modell mehr oder weniger vorhanden war. Das führte dann letztendlich zum Sterbehilfegesetz 2002. Es mag auch angesichts dieses Hintergrunds deutlich sein, dass dieses Gesetz deshalb nicht ohne das niederländische Strafgesetzbuch zu verstehen ist.

3.3 Inhalt und Modalitäten des StGB-NL und des ‚Sterbehilfegesetzes‘

Auf der Grundlage des vom *Hoge Raad* herausgearbeiteten Notstands als strafrechtlichem Rechtfertigungsgrund sind im Sterbehilfegesetz 2002 drei rechtssystematisch prägende Hauptlinien zu unterscheiden.

3.3.1 Kodifikation der Sorgfaltskriterien

In erster Linie ist das Sterbehilfegesetz 2002 für das materielle Recht wichtig, weil der Gesetzgeber damit die in der Rechtsprechung der Strafgerichte für den (ärztlichen) Notstand entwickelten Sorgfaltskriterien bei Sterbebegleitung kodifiziert hat. Damit schuf er Klarheit, und noch wichtiger ist, dass er als Gesetzgeber die Rechtsprechung der Strafgerichte legitimiert hat. Artikel 2 Absatz 1 Sterbehilfegesetz 2002 lautet daher:

1. Nach den in Artikel 293 Absatz 2 Strafgesetzbuch genannten Sorgfaltskriterien muss der Arzt
 - a) zu der Überzeugung gelangt sein, dass der Patient seine Bitte freiwillig und nach reiflicher Überlegung geäußert hat,
 - b) zu der Überzeugung gelangt sein, dass keine Aussicht auf Besserung besteht und der Patient unerträglich leidet,
 - c) den Patienten über dessen Situation und über die medizinische Prognose aufgeklärt haben,
 - d) mit dem Patienten zu der Überzeugung gelangt sein, dass es für dessen Situation keine andere annehmbare Lösung gab,
 - e) mindestens einen anderen, unabhängigen Arzt zu Rate gezogen haben, der den Patienten untersucht und schriftlich zur Einhaltung der unter a bis d genannten Sorgfaltskriterien Stellung genommen hat und
 - f) die Lebensbeendigung oder Hilfe bei der Selbsttötung medizinisch fachgerecht durchgeführt haben.

Der Gesetzgeber hat im Gesetz selbst keine anderen oder zusätzlichen Sorgfaltskriterien kodifiziert. So verlangt das Gesetz beispielsweise nicht, dass der Arzt eine langfristige Behandlungsbeziehung zu dem Patienten haben muss, bevor er mit der das Leben beendenden Behandlung beginnen kann. Ein Wunsch des Patienten ist erforderlich, aber das Gesetz verlangt nicht, dass es sich um einen schriftlichen Wunsch handelt. Ebenso wenig ist es erforderlich, dass der Patient niederländischer Staatsbürger ist, in den Niederlanden aufenthaltsberechtigt ist oder einen festen Wohnsitz oder Aufenthaltsort in den Niederlanden⁹³ hat oder anderweitig zumindest eine bestimmte Zeit in den Niederlanden gewohnt oder sich aufgehalten hat. Es ist auch nicht erforderlich, dass es um ein das Leben beendende Handeln in

⁹³ Das Sterbehilfegesetz 2002 gilt nicht für die selbstständigen Länder Curaçao, Aruba und St. Maarten im karibischen Teil des Königreichs der Niederlande.

der Sterbephase gehen muss, obwohl in der Praxis die überwiegende Mehrheit der Fälle von Sterbebegleitung gerade in dieser Phase stattfindet. Das Gesetz lässt die Art des Leidens offen und erfordert keine lebensbedrohliche Erkrankung. So umfasst der Begriff des Leidens grundsätzlich nicht nur somatisches, sondern auch psychisches Leiden, während ebenfalls die Anhäufung von medizinischen (Alters-)Erkrankungen auch zu einem Leiden führen kann, wie es im Sterbehilfegesetz 2002 beschrieben ist. Dies bedeutet nicht, dass solche Aspekte, die im Sterbehilfegesetz 2002 nicht ausdrücklich erwähnt werden, für die Beurteilung, ob der Arzt mit einem das Leben beendendem Handeln fortfahren kann, nicht relevant sind. In diesem Sinne sind die Kriterien ‚offen‘; eine weitere Interpretation, Verschärfung oder Spezialisierung auf bestimmte konkrete Situationen ist möglich. Immer ist eine sorgfältige Entscheidung des Arztes erforderlich.

3.3.2 Der spezielle Rechtfertigungsgrund von Artikel 293 II StGB-NL

Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber auch für die Situation nach 2002 an seinem Ansatz festgehalten, dass die Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid, auch wenn diese Sterbebegleitung von einem Arzt durchgeführt wird, nach wie vor eine strafbare Handlung im Sinne von Artikel 293 I bzw. Artikel 294 II StGB-NL ist. Sein Handeln wurde nicht aus diesem StGB-Paragraphen so zu sagen ‚heraus definiert‘. Der Gesetzgeber hat jedoch den allgemeinen Rechtfertigungsgrund für einen zuvor vom Hoge Raad beschlossenen Notzustand in einen *speziellen*, rechtfertigenden Strafausschlussgrund übertragen, der in Artikel 293 II StGB festgelegt ist. Der betreffende Absatz des Artikels lautet seit dem Sterbehilfegesetz 2002:

Artikel 293 Absatz 2 (2002):

‘Die Handlung nach Absatz 1 ist nicht strafbar, wenn sie von einem Arzt begangen wurde, der dabei die Sorgfaltskriterien im Sinne von Artikel 2 des Gesetzes über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung eingehalten und dem Leichenschauer der Gemeinde gemäß Artikel 7 Absatz 2 des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen Meldung erstattet hat.’

Da sich das Gesetz auf das Handeln des Arztes bis zur Lebensbeendigung konzentriert, ist es nachvollziehbar, dass es für den Gesetzgeber bei diesem Ansatz keine Rolle spielt, ob der Arzt das Leben des Patienten durch Tötung

auf Verlangen oder mittels einer Hilfe bei Selbsttötung beendet.⁹⁴ Daher wurde in Artikel 294 II StGB-NL mit das Sterbehilfegesetzes 2002 ein Verweis auf Artikel 293 II StGB-NL eingefügt:

Artikel 294 StGB-NL (2002) lautet:

1. 'Wer einen Anderen vorsätzlich zur Selbsttötung anstiftet, wird, wenn die Selbsttötung vollzogen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe der vierten Kategorie bestraft.
2. Wer einem Anderen vorsätzlich bei der Selbsttötung behilflich ist oder ihm die dazu erforderlichen Mittel verschafft, wird, wenn die Selbsttötung vollzogen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe der vierten Kategorie bestraft.' *Artikel 293 Absatz 2 StGB-NL gilt entsprechend.*

Neben der fortbestehenden Strafbarkeit gemäß den Strafbestimmungen von Artikel 293 I und Artikel 294 II.1. StGB-NL beginnt bei (Artikel 294 II.1.1 in Verbindung mit) Artikel 293 II StGB-NL die spezielle Stellung des Arztes. Für ihn, allerdings ausschließlich für den Arzt, besteht die Möglichkeit, dass sein Handeln auf der Grundlage des speziellen Rechtfertigungsgrundes von (Artikel 294 II.1.1 in Verbindung mit) Artikel 293 II StGB-NL doch noch gerechtfertigt ist und damit das Gesetzwidrige in seiner Handlung entfällt. Zu diesem Zweck ist es zunächst notwendig, dass ein ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen seitens des Patienten nach Lebensbeendigung im Sinne von Artikel 293 I StGB-NL vorliegt. Schließlich beschränkt sich der Rechtfertigungsgrund von Artikel 293 I StGB-NL ausschließlich auf die Anwendung des ersten Absatzes dieses Artikels ('Die Handlung nach Absatz 1...'). Kann von einem ausdrücklichen und ernsthaften Verlangen keine Rede sein, liegt die Straftat von Artikel 293 I StGB-NL nicht vor, (sondern eher Totschlag oder Mord), und kann sich der Arzt nicht auf Artikel 293 II StGB-NL in Verbindung mit dem Sterbehilfegesetz 2002 berufen.

Wenn Artikel 293 I StGB-NL eingehalten wurde, dann (erst) kann hinsichtlich

⁹⁴ Bei der weiteren Auslegung und Anwendung sollte gelten, dass, wenn ein Patient zur Selbsttötung fähig ist, z. B. durch die Einnahme unter ärztlicher Aufsicht der vom Arzt bereitgestellten Medikamente, und er es dennoch vorzieht, dem Arzt die Lebensbeendigung zu überlassen, dies ein Hinweis darauf sein kann, dass der Wunsch zu sterben weniger stark ist, als es scheint. Wenn eine diesbezügliche Vermutung vorhanden ist, muss der Arzt eventuell von der Lebensbeendigung absehen. Vgl. *J. Griffiths, Euthanasie en hulp bij zelfdoding*, in M. Adams & J. Griffiths (Hrsg.), *Euthanasie: Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, Kampen: Kok/Agora 2003, S. 133-149.

des Handelns des Arztes möglicherweise noch die Rechtswidrigkeit wegfällen. Dazu müssen zwei weitere Kriterien nach Artikel 293 II StGB-NL erfüllt sein. Schließlich verlangt Artikel 293 II StGB-NL, dass die vorstehend genannten Sorgfaltskriterien von Artikel 2.I Sterbehilfegesetz 2002 erfüllt sein müssen. Hierin liegt in der Regelung der ärztlichen Sterbebegleitung der Zusammenhang zwischen dem StGB-NL und dem Sterbehilfegesetz 2002; Letzteres ist nur deshalb relevant, weil das Strafgesetzbuch in Artikel 293 II StGB-NL darauf verweist. Doch zuvor stellt Artikel 293 II StGB-NL noch eine andere Anforderung. Dies ist die Anforderung, dass der Arzt dem Leichenschauer der Gemeinde gemäß Artikel 7 II des (niederländischen) Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen (*Wet op de lijkbezorging*) selbst Meldung über die Ausübung der Tötung auf Verlangen oder des assistierten Suizids erstattet haben muss. Dieser Meldung hat er einen wohlbegründeten Bericht hinzuzufügen, auf dessen Grundlage er der Ansicht ist, die Sorgfaltskriterien von Artikel 2 des Sterbehilfegesetz 2002 erfüllt zu haben.⁹⁵ Der Arzt hat demnach selbst eine Offenlegung der Sachlage vorzunehmen. Die Unterlassung der Meldung einer grundsätzlich strafbaren Lebensbeendigung durch einen Arzt ist eine eigenständige Straftat: Artikel 228 StGB-NL und Artikel 81 unter 1 in Verbindung mit Artikel 7 Bestattungsgesetz. Das bedeutet, dass Artikel 293 II StGB-NL und das Sterbehilfegesetz 2002 immer auch im Zusammenhang mit diesem dritten Gesetz, dem Gesetz über das Leichen- und Bestattungswesen, betrachtet werden müssen. Gemeinsam bilden diese drei Gesetze die Konstellation für die ärztliche Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid als eine kontrollierte Ausnahme bei der Strafbarkeit. An dieser Konstellation hat das Sterbehilfegesetz 2002 an sich nichts geändert; auch seither muss noch von Fall zu Fall und damit *in jedem Einzelfall aufs Neue* immer *im Nachhinein* entschieden werden, ob es sich um den speziellen Rechtfertigungsgrund von Artikel 293 II StGB-NL in Verbindung mit dem Sterbehilfegesetz 2002 und dem Gesetz über das Leichen- und Bestattungswesen gehandelt hat. Damit kommen wir zur wich-

⁹⁵ Artikel 7 Absatz 2 des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen: „Wenn der Tod die Folge der Ausführung der Lebensbeendigung auf Verlangen oder der Hilfe bei Selbsttötung gemäß Artikel 293 Absatz 2 bzw. Artikel 294 Absatz 2 Satz 2 des Strafgesetzbuches war, stellt der behandelnde Arzt keine Sterbeurkunde aus und teilt er dem oder einem der städtischen Gerichtsmediziner unverzüglich die Ursache dieses Todes durch das Ausfüllen eines Formulars mit. Der Mitteilung fügt der Arzt einen wohlbegründeten Bericht hinsichtlich der Beachtung der Sorgfaltsanforderungen gemäß Artikel 2 des (niederländischen) Gesetzes zur Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und Hilfe bei der Selbsttötung (*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding* – Wtl) hinzu.“

tigsten Änderung des Sterbehilfegesetzes 2002, nämlich der Art und Weise, wie festgestellt wird, ob der Arzt die Anforderungen des StGB-NL, des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen und die Sorgfaltskriterien von Artikel 2 Abs. 1 Sterbehilfegesetz 2002 erfüllt hat.

3.3.3 Die regionalen Kontrollkommissionen

Bis zu diesem Punkt hat das Sterbehilfegesetz 2002 somit nicht viel Neues gebracht. Die Ausnahme bei der Strafbarkeit für den Arzt wurde wohl gesetzlich verankert. Das bietet dem Arzt mehr Unterstützung als ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund, der nur in der Rechtsprechung anerkannt wird. Zudem wurden die Sorgfaltskriterien für das Handeln des Arztes kodifiziert. Auch das bietet dem Arzt in gewissem Maße eine Hilfestellung bei seiner Entscheidung, ob Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid geleistet werden kann. Mit dem Sterbehilfegesetz 2002 wurde jedoch ein wichtiger und einzigartiger Schritt beim Sachverhalt der Überwachung der Erfüllung der Sorgfaltskriterien durch den Arzt gemacht, nachdem er dem Leichenschauer einen Fall von Tötung auf Verlangen oder Hilfe bei Selbsttötung gemeldet hat.⁹⁶ Innerhalb des Strafrechtssystems des speziellen Rechtfertigungsgrundes für den Arzt nach Artikel 293 II StGB-NL würde man erwarten, dass es sich bei der Untersuchung im Nachhinein, ob dieser Rechtfertigungsgrund in einem bestimmten Fall der ärztlichen Sterbebegleitung aufgetreten ist, um eine strafrechtliche Untersuchung handelt. Ohne weitere Regelungen wäre die Staatsanwaltschaft darauf angewiesen, auf der Grundlage einer strafrechtlichen Untersuchung zu prüfen, ob der Arzt in einem bestimmten Fall von Tötung auf Verlangen oder Hilfe bei der Selbsttötung tatsächlich die Sorgfaltskriterien erfüllt hat. In einem solchen Ansatz wäre der Arzt immer als Verdächtiger einer Straftat das Objekt einer Untersuchung, bis festgestellt ist, dass die Anforderungen und Bedingungen erfüllt sind. Das stieß bei den Ärzten auf Widerstand (Arzt als ‚Krimineller‘) und auch dem Gesetzgeber ging dies zu weit. Darum wurden beim Sterbehilfegesetz 2002 fünf Kontrollkommissionen (*regionale toetsingscommissies* – Rte’s) eingerichtet. Ihre Aufgabe ist es, als Erste und noch vor einer möglichen Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft⁹⁷ und ihrer Entscheidung zu be-

⁹⁶ Wie an früherer Stelle genannt lautet der Titel des Sterbehilfegesetzes 2002 nicht umsonst in vollem Umfang „Gesetz (...) über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung...“, usw.

⁹⁷ An dieser Stelle ist es wichtig, dass das niederländische Strafprozessrecht im Gegensatz zum deutschen Recht nicht vom Legalitätsprinzip, sondern vom Opportunitätsprinzip ausgeht. Das bedeutet, dass die Staatsanwaltschaft auch dann, wenn hinreichende Gründe für

urteilen, ob ein Arzt, der auf Verlangen getötet hat oder Hilfe bei Selbsttötung geleistet hat, die gesetzlichen Anforderungen, insbesondere die Sorgfaltskriterien des Artikel 2 I Sterbehilfegesetz 2002, erfüllt hat. Da das Sterbehilfegesetz 2002 in seiner impliziten Basis und seinem Fundament auf einem übereinstimmenden Verständnis der Fälle beruht, in denen Tötung auf Verlangen und Hilfe bei Selbsttötung in Kreisen von Anwälten, Ärzten und Ethikern erlaubt ist, ist es nicht verwunderlich, dass jede Kontrollkommission nach Artikel 3 II Sterbehilfegesetz 2002 aus drei Angehörigen dieser jeweiligen Berufsgruppen besteht.⁹⁸ Die Schaffung dieser Kontrollmodalität hat wahrscheinlich die Akzeptanz der gesamten Rechtsordnung der ärztlichen Sterbebegleitung als kontrollierbare Ausnahme bei der Strafbarkeit bei den Ärzten in entscheidendem Maße erhöht, dies auf der Grundlage ihrer Bereitschaft, vorkommende Fälle von Sterbebegleitung zu melden.

Eine Kontrollkommission prüft daher jeden Fall von Tötung auf Verlangen oder Hilfe bei Selbsttötung, die von einem Arzt vorgenommen wurde, gesondert. Dies geschieht im Nachhinein, auf der Grundlage des Berichts, den der Arzt über den betreffenden Fall erstellt hat. Die Kommission kann zu dem Urteil gelangen, dass der Arzt sorgfältig gehandelt hat. Sie kommt damit im Hinblick auf Artikel 293 StGB-NL zu dem Schluss, dass im konkreten Fall der besondere Strafausschlussgrund von Artikel 293 II StGB-NL gilt und dass, wenn der Arzt strafrechtlich verfolgt werden sollte, ihrer Meinung nach eine Verurteilung ausgeschlossen ist. Genau genommen ist jenes Urteil der Staatsanwaltschaft nicht verbindlich. Die Staatsanwaltschaft behält aufgrund des gesetzlichen Systems juristisch die Möglichkeit, doch ein Strafverfahren gegen den Arzt einzuleiten, auch wenn die Kontrollkommission das Urteil

die Annahme bestehen, dass eine Strafverfolgung zu einer Verurteilung führen würde, kein Strafverfahren gegen den Verdächtigen einleiten muss. Die Staatsanwaltschaft kann aufgrund des allgemeinen Interesses davon absehen, das abgeleitet wird aus Artikel 167 und Artikel 242 StPO-NL. Die Staatsanwaltschaft kann daher auch von der Strafverfolgung eines Arztes nach Artikel 293 I oder Artikel 294 II StGB-NL mit der Begründung absehen, dass das öffentliche Interesse die Strafverfolgung nicht erfordert, da die Kontrollkommission das Urteil gefällt hat, dass der Arzt die für Tötung auf Verlangen oder Hilfe bei Selbsttötung geltenden gesetzlichen Anforderungen und Sorgfaltskriterien erfüllt hat. Ist auch die Staatsanwaltschaft selbst der Ansicht, dass das Verhalten des Arztes alle Anforderungen des speziellen Rechtfertigungsgrundes von Artikel 293 in Verbindung mit dem Sterbehilfegesetz 2002 erfüllt hat, darf die Staatsanwaltschaft kein Strafverfahren mehr gegen den Arzt einleiten.

⁹⁸ Artikel 3 II Sterbehilfegesetz 2002: „Eine Kommission setzt sich aus einer ungeraden Anzahl Mitglieder zusammen, zu der auf jeden Fall ein (1) Jurist, zugleich Vorsitzender, ein (1) Arzt und ein (1) Experte für ethische oder Sinnfragen gehören.“.

gefällt hat, dass der Arzt sorgfältig gehandelt hat. Das ist jedoch noch niemals geschehen. Eine zu leichtfertige Entscheidung, ein Strafverfahren gegen einen Arzt einzuleiten, würde sicherlich ebenfalls die Bereitschaft von Ärzten unter Druck setzen, von sich aus Fälle von Tötung auf Verlangen und Hilfe bei Selbsttötung zu melden. Das ist nicht unproblematisch, da sich das gesamte System auf die Ermöglichung von Transparenz und Kontrolle richtet, das anfängt bei der (Pflicht zur) Meldung des das Leben beendenden Handelns seitens des Arztes. Aus diesem Grunde wird davon ausgegangen, dass, wenn die Kontrollkommission zu dem Urteil gelangt, dass der Arzt in dem konkret beurteilten Fall sorgfältig gehandelt hat, die Beurteilung des jeweiligen Handelns des Arztes abgeschlossen wird. Der jeweilige Arzt wird selbstverständlich über das Urteil der Kontrollkommission, dass er sorgfältig gehandelt hat, in Kenntnis gesetzt – die Staatsanwaltschaft jedoch nicht. Auch die ärztliche Disziplinarbehörde wird über ein solches Urteil nicht informiert.

Anders verhält es sich, wenn die Kontrollkommission zu dem Urteil gelangt, dass der Arzt nicht im Einklang mit den Sorgfaltskriterien gehandelt hat; nämlich, dass er dem Urteil der Kommission zufolge nicht alle Sorgfaltsanforderungen erfüllt hat. Über dieses Urteil des fahrlässigen Handelns wird die Staatsanwaltschaft sehr wohl in Kenntnis gesetzt – ebenso wie die niederländische Gesundheitsaufsichtsbehörde (Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd). Es ist dann Sache dieser Behörden, ein Strafverfahren gegen den Arzt (Staatsanwaltschaft) und/oder Disziplinarmaßnahmen gegen den Arzt (Gesundheitsaufsichtsbehörde) einzuleiten. Die Staatsanwaltschaft hat eine im Mai 2017 modernisierte ‘Anweisung zu Folgeentscheidungen in Sachen aktive Lebensbeendigung auf Verlangen (Tötung auf Verlangen und Hilfe bei Selbsttötung)’ über die in dem Fall zu verfolgende Politik veröffentlicht, falls die Kontrollkommission zu dem Schluss gekommen ist, dass ein Arzt nicht im Einklang mit den Sorgfaltskriterien gehandelt hat.⁹⁹ Die Staatsanwaltschaft ist auch in diesen Fällen nicht verpflichtet, ein Strafverfahren einzuleiten. Laut der veröffentlichten Anweisung wird die Staatsanwaltschaft dies im Prinzip tun, wenn die Kontrollkommission entschieden hat, dass die unter a. (freiwilliger und wohlüberlegter Wunsch) und b. (aussichtsloses und unerträgliches Leiden) genannten Grundsätze der Sorgfaltspflicht nicht eingehalten wurden. Die Staatsanwaltschaft nennt diese Kriterien ,substantielle

⁹⁹ <https://wetten.overheid.nl/jci1.3:c:BWBR0039555&g=2017-09-01&z=2018-12-23>.

Sorgfaltsanforderungen'. Wenn dem Urteil der Kommission zufolge ein Arzt gegen eines der anderen Kriterien der Sorgfaltspflicht verstoßen hat, dann besteht laut der Anweisung im Prinzip kein Anlass dazu, ein Strafverfahren gegen den Arzt einzuleiten, sondern ist das Strafverfahren mit einer (möglicherweise mit Bedingungen verbundenen) Einstellung des Verfahrens abzuschließen. Letzteres ist besonders verständlich, wenn es sich (ausschließlich) um die Nichteinhaltung des Sorgfaltskriteriums f. bezüglich der sorgfältigen Durchführung der Lebensbeendigung handelt, während im konkreten Fall alle anderen Kriterien der Sorgfaltspflicht erfüllt sind. Der Ausgangspunkt der Staatsanwaltschaft, im Prinzip keine Strafverfolgung durchzuführen, ist bei Nichteinhaltung der Sorgfaltskriterien von Artikel 2 I unter c., d. und e. Sterbehilfegesetz 2002 weniger gut nachvollziehbar. Die unter c. und d. genannten Kriterien legen unter anderem fest, ob es sich inhaltlich um einen (ausreichend) freiwilligen und wohlüberlegten Wunsch handelt. Im Hinblick auf das unter e. genannte Kriterium kann argumentiert werden, dass die diesem gesetzlich vorgeschriebene zusätzliche Vorabkontrolle auch eines der Hauptkriterien für eine sorgfältige Entscheidung des Arztes zur Lebensbeendigung ist.¹⁰⁰

Die Staatsanwaltschaft hält sich sehr dabei zurück, ein Strafverfahren einzuleiten, selbst in Fällen, in denen die Kontrollkommission entschieden hat, dass der Arzt nicht im Einklang mit den Sorgfaltskriterien gehandelt hat, weil er nicht alle Sorgfaltskriterien erfüllt hat. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Nichteinhaltung der Sorgfaltskriterien keine selbständige Straftat ist. Wenn nicht im Einklang mit den Sorgfaltskriterien gehandelt wurde, gilt der spezielle Strafausschlussgrund von Artikel 293 II StGB-NL nicht. Das bedeutet, dass eine strafrechtliche Verfolgung nach Artikel 293 I StGB-NL hinsichtlich eines Tötungsdelikts erfolgen muss, wobei dem Arzt ein schwerer Vorwurf gemacht wird und ihm ein Maximum von zwölf Jahren Freiheitsstrafe droht. Diese Konstellation erfordert Zurückhaltung. Trotzdem wurde die zurückhaltende Haltung mit Kritik bedacht.¹⁰¹ Nachstehend

¹⁰⁰ All dies gilt ausgenommen den Fall, dass eine Umsetzung aufgrund der Situation des Patienten in einer bestimmten Situation nicht mehr möglich ist, weil nicht auf die Einschaltung und das Urteil des zweiten Arztes gewartet werden kann, was in der Praxis wohl vorkommt.

¹⁰¹ Vgl. M.C. Ploem & J. Legemaate, *Derde evaluatie Euthanasiewet en de afhandeling van „onzorgvuldig zaken” door het OM In de toekomst meer opsporing?*, NJB 2018/881 und J. Legemaate & L.L.E. Bolt, *De afhandeling van onzorgvuldige euthanasiezaken door openbaar ministerie en IGJ voor de Gezondheidszorg*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2013/1.

unter 5.3 werden wir auf einen aktuellen Fall eingehen, in dem die Staatsanwaltschaft erstmals unter dem Geltungsbereich des Sterbehilfegesetzes 2002 ein Strafverfahren gegen einen Arzt eingeleitet hat.

Das Sterbehilfegesetz 2002 illustriert somit den Titel unseres Beitrags 'Ärztliche Sterbehilfe in den Niederlanden: kontrollierte Ausnahme'. Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid sind strafbar, auch wenn der Arzt im Falle von unerträglichem und aussichtslosem Leiden lebensbeendigend vorgeht. Gleichzeitig ist im Gesetz eine kontrollierte Ausnahme bei dieser Strafbarkeit vorgesehen. Dazu muss der Arzt in Absprache mit dem Patienten zu der Überzeugung gelangen, dass der Patient unerträglich und aussichtslos leidet. Das Leiden muss vom Arzt (und dem Kontrollarzt) als für diesen Patient unerträgliches Leiden 'verstanden' werden und verstanden werden können, anerkannt, (man könnte sagen: empathisiert), werden können, und zwar in dem Sinne, dass der Arzt daher versteht und verstehen kann, dass dieses Leiden bei diesen Patienten zum (bewussten, freiwilligen und ernsthaften) Verlangen nach dem Tod führt, so dass durch die Lebensbeendigung diesem Leiden ein Ende gesetzt wird. Erst nach einer vorab erteilten Empfehlung zu diesem Punkt von (mindestens einem) zweiten Arzt *kann* der Arzt in dieser Situation die Lebensbeendigung einleiten. Insofern besteht nach niederländischem Recht kein Anspruch des Patienten auf Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid seitens des Arztes; die Grundlage der Regelung bildet nicht die Anerkennung des Rechts des Patienten auf Selbstbestimmung. Im Umkehrschluss ist der Arzt niemals verpflichtet, eine Lebensbeendigung einzuleiten, selbst wenn die gesetzlichen Kriterien erfüllt sind. Durch das erforderliche Zutun des Patienten sind der Wunsch und das Verlangen des Patienten und die Erfahrung des Leidens Teil der Entscheidung des Arztes, ohne dass der Patient Anspruch auf Tötung auf Verlangen oder Hilfe bei Selbsttötung, die von einem Arzt durchgeführt wird, hat. Die Grundlage des niederländischen Rechts ist also eher die Barmherzigkeit (Erbarmen hinsichtlich des Leidens, dem leidenden Menschen entgegenzukommen), auf deren Grundlage ein Arzt unter Umständen dem aussichtslosen und unerträglichen Leiden durch die Lebensbeendigung ein Ende setzen kann und darf. Zu diesem Zweck verlangt das Gesetz vom Arzt eine sorgfältige Entscheidung, die auf der Grundlage einer angemessenen Kommunikation mit dem Patienten getroffen worden sein muss und sich daraus in einer auch im Nachhinein rechtlich vertretbaren und diesbezüglich erkennbaren Weise er-

geben muss.¹⁰² Der jeweilige Arzt hat dann über seine Entscheidung und sein Handeln Meldung und einen Bericht zu erstatten, damit nach Abschluss überprüft werden kann, ob alle Sorgfaltsanforderungen erfüllt worden sind. Diese Kontrolle fällt rechtssystematisch in die strafrechtliche Konstellation. Die erste Kontrolle wird von der regionalen Kontrollkommission durchgeführt. Ist die Kommission der Ansicht, dass von sorgfältigem Handeln gesprochen werden kann, dann wird angenommen, dass es sich um den speziellen Strafausschlussgrund aus Artikel 293 II StGB-NL handelt. Das Handeln des Arztes wird nicht weiter strafrechtlich oder anderweitig untersucht; der Arzt wird nicht weiter belangt.

Da es sich um eine somit regulierte Ausnahme (ausschließlich) für den Arzt handelt, gibt es, wie gesagt, keinerlei Recht oder Anspruch des Patienten auf Tötung auf Verlangen oder Hilfe bei Selbsttötung. Das gesamte auf Ausnahme basierende System gründet sich auf die Entscheidung des Arztes. Anders herum könnte man auch sagen: Der Patient ist immer vom Arzt abhängig. Insofern kann man das System auch als paternalistisch bezeichnen.

3.4 Wirkung des Gesetzes; Rechtssicherheit für den Arzt: Dokumente für mehr Halt

3.4.1 Relevante Daten und Zahlen

Die Wirkung des Sterbehilfegesetzes 2002 wird alle fünf Jahre evaluiert. Im Jahre 2017 erfolgte die dritte Evaluierung.¹⁰³ Separat findet bereits seit längerem alle fünf Jahre eine Sterbefälle-Untersuchung („Sterfgevallenonderzoek“) statt.¹⁰⁴ Die Kontrollkommissionen veröffentlichen jedes Jahr einen eigenen,

¹⁰² Insofern ist eine adäquate Arzt-Patientenbeziehung eine Voraussetzung für Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid, auch ohne Artikel 2 Absatz 1 Wtl ausdrücklich eine Behandlungsbeziehung erfordert oder ein Kontaktminimum im Hinblick auf Dauer oder Intensität zwischen Arzt und Patient verlangt.

¹⁰³ Evaluierung des (niederländischen) Gesetzes zur Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und Hilfe bei der Selbsttötung (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding – Wtl), Den Haag: ZonMw 2017: <https://publicaties.zonmw.nl/derde-evaluatie-wet-toetsing-levensbeëindiging-op-verzoek-en-hulp-bij-zelfdoding/>.

¹⁰⁴ Die Sterbefälle-Untersuchung ist eine Untersuchung hinsichtlich der Häufigkeit von Sterbehilfe und anderer medizinischer Entscheidungen rund um das Lebensende, die seit 1990 alle fünf Jahre durchgeführt wird. Seit 2017 wird die Sterbefälle-Untersuchung nicht mehr separat veröffentlicht, sondern ist Teil der Evaluierung des Gesetzes. Die Sterbefälle-Untersuchung 2017 ist daher im selben, in der vorigen Anmerkung genannten Bericht ver-

gemeinsamen Jahresbericht.¹⁰⁵ Aus diesem Grund sind recht viele Informationen über die Wirkung des Sterbehilfegesetzes 2002 vorhanden. Wir nennen hier nur ein paar relevante Daten und Zahlen.

Im Jahre 2015 gingen etwa 4,5 % (6.621 Personen) aller Sterbefälle auf Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid im Sinne des StGB-NL zurück. Im Jahre 2016 erhielten die Kontrollkommissionen 6.091 Meldungen, was 4 % der Gesamtzahl aller Sterbefälle (148.973) entspricht. Im Jahre 2017 erhielten die Kontrollkommissionen 6.585 Meldungen. Hierbei handelt es sich um 4,4 % der Gesamtzahl der Menschen (150.027), die 2017 in den Niederlanden gestorben sind.

Aus der dritten Evaluierung über die Jahre 2012-2016 geht hervor, dass in ca. 55 % der Fälle auf das Verlangen eingegangen wurde. Im Jahre 2010 lag der Prozentsatz bei 45 % und im Jahre 2005 bei 37 %. Im Jahre 2015 wurde in ca. 45 % der Fälle nicht auf das Verlangen eingegangen.

Bei ca. 80 % der Fälle, bei denen auf das Verlangen eingegangen wurde, handelte es sich um schweres körperliches Leiden, davon waren 66 % Krebs. Das weist auf eine bestimmte Anwendung in der Endphase des Lebens hin. Die Lebensverkürzung betrug:

- bis 24 Stunden: 10 %
- ein bis sieben Tage: 26 %
- eine bis vier Wochen: 36 %
- vier Wochen bis sechs Monate: 19 %
- mehr als sechs Monate: 8 %

In 57 % der Fälle, in denen in das Verlangen nicht eingewilligt wurde, kam es nicht (mehr) zur Ausführung des Verlangens, weil der Patient vorzeitig starb. In 93 % der Fälle, in denen in das Verlangen eingewilligt wurde, wurde die

öffentlich gemacht worden. Die Sterbefälle-Untersuchung 2010 wurde jedoch noch eigens veröffentlicht. Siehe: <https://publicaties.zonmw.nl/sterfgevallenonderzoek-2010-euthanasie-en-andere-medische-beslissingen-rond-het-levenseinde/>.

¹⁰⁵ Manchmal erschien eine deutsche Übersetzung; wie beispielsweise vom Jahresbericht 2012, vom Jahresbericht 2013 und vom Jahresbericht 2017. Die deutsche Version des Jahresberichts 2017 findet sich unter: https://www.euthanasiecommissie.nl/binaries/euthanasie-commissie/documenten/jaarverslagen/2017/mei/17/jaarverslag-2017/RTE_jahresbericht2017.pdf.

Tötung auf Verlangen bzw. der assistierte Suizid durch den eigenen Hausarzt durchgeführt, was auf ein gewisses Maß an dauerhaftem Kontakt, wenn auch nicht Behandlungsdauer, schließen lässt. In den Jahren 2010-2015 wurden bis 80 % der Fälle gemeldet.¹⁰⁶

Zur Antwort auf die Frage, inwiefern die Sorgfaltskriterien eingehalten wurden, lässt sich Folgendes sagen: Im Zeitraum 2012-2016 wurden 25.000 Fälle von einer Kontrollkommission beurteilt. In 33 Fällen kam sie zu der Schlussfolgerung, dass die Kriterien nicht (alle) eingehalten worden waren. Im Zeitraum 2002-2015 waren dies 76 Fälle; im Jahre 2017 17 Fälle. Von den 33 Fällen aus dem Zeitraum 2012-2016 bezogen sich 14 Fälle auf das f.-Kriterium aus Artikel 2 I Sterbehilfegesetz 2002: die Durchführung der Lebensbeendigung. ‚Nur‘ 19 Fälle bezogen sich auf die a.-d.-Kriterien, ohne welche die ärztliche Lebensbeendigung möglicherweise überhaupt nicht legitim ist. 2018 hat die Staatsanwaltschaft bekanntgegeben, in fünf Fällen ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten. In zwei Fällen ist eine weitere Strafverfolgung nach Ablauf der Ermittlungen eingestellt worden. In einem Fall wird Strafverfolgung erhoben, während in zwei Fällen noch keine Entscheidung vorliegt.¹⁰⁷

Dieser kurze Überblick über einige Zahlen soll zunächst verdeutlichen, wie das Sterbehilfegesetz 2002 vor allem für das angewendet wird, was man als den Standardfall bezeichnen könnte. Dieser bezieht sich auf einen volljährigen, mündigen Patienten, der an einer schweren, meist tödlichen Krankheit (Krebs) in einer Phase leidet, die bereits (sehr) kurz vor dem Tod liegt. Mit dem Sterbehilfegesetz 2002 besteht in den Niederlanden für diese Situation die Möglichkeit, dass ein Arzt das Leben des Patienten (auf dessen, für den Arzt spürbares Verlangen) (auch und sogar) aktiv beendet, um das (erkennbar unerträgliche und objektiv aussichtslose) Leiden des Patienten zu beenden. Tötung auf Verlangen und Hilfe bei Selbsttötung durch einen Arzt ist unter Umständen *eine* (unter anderen bestehende) Form, um die ärztliche Betreuung am Lebensende zur Vermeidung von (weiterem) Leiden, sei es auch eine extreme Form, ‚einzurichten‘. In solchen Fällen bietet das niederländische Recht eine professionelle (nur vom Arzt) Auslegung einer Basis des Erbarmens im Leiden an, die, weil es sich um eine Beendigung des Lebens handelt,

¹⁰⁶ Auf die restlichen 20 % der Fälle kommen wir später unter 5.1 noch genauer zurück.

¹⁰⁷ Siehe: <https://www.om.nl/onderwerpen/euthanasie/beslissingen-college/@104442/verpleeghuisarts/>.

bei jedem Einzelfall im Voraus (zweiter Arzt) und danach (Kontrollkommission und mögliche Disziplinar- oder Strafverfolgung) geprüft wird, dies unter der Bedingung, dass der Arzt seine lebensbeendende Handlung durch seine Meldung an den Leichenschauer zur Überprüfung freigibt. Rechtlich gesehen bleibt es die im Nachhinein zu überprüfende Entscheidung des Arztes, für die der Arzt nach dem Tod auch selbst und allein in vollem Umfang verantwortlich ist. Die Entscheidung und die Beendigung des Lebens werden insoweit in Absprache mit dem Patienten getroffen, als der Arzt das Leiden und den Wunsch der Lebensbeendigung (aus der Kommunikation mit dem Patienten) ‚erkennen‘ (und danach verantworten) muss, was zusätzlich von dem zweiten Arzt getestet wird, der im Voraus konsultiert werden muss.

Die übergroße Mehrzahl der Fälle betrifft genau diese Kategorie des Standardfalles. Diese Fälle werden in der übergroßen Mehrzahl von den Ärzten gemeldet und von der Kontrollkommission im Allgemeinen als sorgfältig durchgeführt beurteilt. Das deutet darauf hin, dass das kohärente Ganze des niederländischen Strafgesetzbuchs, des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen und des Sterbehilfegesetzes 2002 im Allgemeinen und in der überwiegenden Mehrzahl der Standardfälle so funktioniert, wie es beabsichtigt ist: als Instrument für den Arzt, in bestimmten Fällen von unerträglichem und aussichtslosem Leiden diesem Leiden ein Ende zu bereiten, unter Umständen auch dadurch, dass das Leben des Patienten, auf dessen, aus dem Leiden entstandenen diesbezüglichen Verlangen, daraufhin aktiv beendet wird.¹⁰⁸ Gleichzeitig wird bereits deutlich, wie sehr das niederländische Recht hinsichtlich der Stellung und Regelung des Arztes bei der Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid das Ergebnis typisch niederländischer Ansichten und Modalitäten der (gerichtlichen) Kontrolle ist, die mit den Ansichten zu diesem Thema in der niederländischen Gesellschaft im Einklang stehen. Es ist ein typisch niederländisches Modell, das sich als solches nicht so schnell für den ‚Export‘ in andere Rechtssysteme eignet. Diese ‚Beschränkung‘ kommt auch bei einem anderen Punkt zum Ausdruck. Die vorstehenden Ausführungen ändern jedoch nichts daran, dass es auch in den Niederlanden große Diskussionen über das Sterbehilfegesetz 2002, dessen Anwendung oder insbesondere über die Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid an sich gibt. Es ist nicht alles

¹⁰⁸ Vgl. in allgemeinem Sinne auch *E. Pans*, 15 jaar euthanasiewet. De balans opgemaakt, *Ars Aequi* 2017/4.

Gold, was glänzt; nicht alles ist so voller Glanz und Gloria, wie es erscheint. Aber gerade weil das Gesetz in vielen Fällen gut funktioniert, entsteht dann eine starke Scheu, dieses Gesetz oder seine Funktionsweise zu ändern, und das trotz der Tatsache, dass dies diskutiert wird, es mehr als 15 Jahre nach seinem Inkrafttreten keinen Anlass zur Änderung gibt. Mit anderen Worten: Die niederländische Modalität der gesamten Regelung im Strafgesetzbuch, im Gesetz über das Leichen- und Bestattungswesen und im Sterbehilfegesetz 2002 zeigt auch einige Spuren der Wirkung des ‚Gesetzes des hemmenden Vorsprungs‘. Auch das Sterbehilfegesetz 2002 selbst war schon vor dem Standardfall das Ergebnis eines langwierigen und relativ schwierigen politischen Prozesses der Meinungsbildung, Rechtsbildung und Gesetzgebung. Die aktuellen Diskussionen werden daher nicht unmittelbar zu einer Gesetzesänderung führen.

3.4.2 Rechtssicherheit: Dokumente, die dem Arzt mehr Halt geben;

Code of Practice

Innerhalb des niederländischen Systems kann dem Arzt in einem konkreten Fall nicht im Voraus die Gewissheit gegeben werden, dass sein Handeln im Nachhinein als sorgfältig und nicht strafbar befunden wird. Eine präventive Prüfung ist, abgesehen von der vorgeschriebenen Empfehlung eines zweiten Arztes, nicht möglich. Wird die Entscheidung als nicht im Einklang mit den Sorgfaltskriterien beurteilt, dann droht ihm ein Disziplinarverfahren oder sogar die Strafverfolgung. Obwohl die Sorgfaltskriterien in Artikel 2 I Sterbehilfegesetz 2002 kodifiziert sind, ist die Formulierung dieser Kriterien relativ offen und vage. Beim Arzt, der erwägt, Sterbegleitung zu leisten, kann ein Gefühl der Rechtsunsicherheit aufkommen. Dann ist es wichtig, dass eine Reihe Dokumente zur Verfügung stehen, in denen der Arzt weitere Unterstützung finden kann. Die (niederländische) Ärzteorganisation KNMG hat eine Richtlinie über die Durchführung der Tötung auf Verlangen und Hilfe bei Selbsttötung (*‘Richtlijn Uitvoering euthanasie en hulp bij zelfdoding’*) und einen Standpunkt zur Rolle des Arztes beim selbstgewählten Lebensende (*‘Standpunt De rol van de arts bij het zelfgekozen levenseinde’*) erstellt.¹⁰⁹ Wie bereits ausgeführt erstellen die Kontrollkommissionen jedes Jahr einen Jahresbericht, in dem sie ausführlich über die von ihnen beurteilte Kasuistik berichten. Wichtig ist, dass die Kontrollkommissionen ihre jahrelange ‚Rechtsprechung‘ im Jahre 2015 in einen so genannten Code of Practice um-

¹⁰⁹ Vgl. <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/euthanasie.htm>.

gewandelt haben, der 2018 in Form des ‘EuthanasieCode2018’ aktualisiert wurde.¹¹⁰ Dieses Dokument dient dem Zweck, dem Arzt detaillierte Hilfestellungen und ein Instrument bei der Frage zu bieten, ob in einer bestimmten Situation Tötung auf Verlangen oder Hilfe bei Selbsttötung als zulässig angesehen werden kann.¹¹¹

3.5 Einige wichtige Herausforderungen und Diskussionen

Wie gesagt bedeutet die Schlussfolgerung in Abschnitt 4.1 nicht, dass es keine Diskussionspunkte gibt. Das ist nämlich sehr wohl der Fall. Die Diskussion betrifft eine Reihe von Themen, sowohl das Sterbehilfegesetz 2002 und dessen Wirkung selbst als auch die Sterbehilfe im Allgemeinen. Vier Diskussionspunkte werden wir insbesondere näher beleuchten. Dies betrifft die Schwierigkeiten in der Praxis, eine Abgrenzung zu intensiven Formen der Symptomkontrolle wie der palliativen Sedierung vorzunehmen, die Lebensbeendigung im Falle psychiatrischen Leidens, die Lebensbeendigung auf der Grundlage einer schriftlichen Willenserklärung und die Diskussion über die Strafbarkeit des assistierten Suizids sowie die Möglichkeit einer Ausnahme davon im Falle eines ‚vollendeten Lebens‘.

¹¹⁰ <https://www.euthanasiacommissie.nl/binaries/euthanasiacommissie/documenten/brochures/brochures/euthanasiecode/2018/euthanasiecode2018/EuthanasieCode2018.pdf>. Obwohl niederländische Ärzte im Gegensatz zu ihren deutschen Kollegen ausdrücklich mit dem Strafrecht in Berührung kommen, weil neben Tötung auf Verlangen auch assistierter Suizid strafbar ist, ist für den niederländischen Arzt die Rechtssicherheit bezüglich der erlaubten oder nicht erlaubten Handlungen derzeit wesentlich besser gewährleistet als dies nach Artikel 217 des deutschen StGB der Fall zu sein scheint.

¹¹¹ Auch andere Dokumente sind wichtig. Von Seiten der (niederländischen) Staatsanwaltschaft wurde 2017 die bereits erwähnte überarbeitete Anweisung veröffentlicht. Für die Sterbebegleitung im Allgemeinen hat die (niederländische) Ärzteorganisation KNMG eine „Richtlijn uitvoering euthanasie en hulp bij zelfdoding“ erstellt. <https://www.knmg.nl/web/file?uuid=58f0de30-9c85-42d3-982e-eeff414628ea&owner=5c945405-d6ca-4deb-aa16-7af2088aa173&contentid=220>. Für die Hilfe bei Selbsttötung in der Psychiatrie hat die niederländische Vereinigung für Psychiatrie (Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie) eine gesonderte Richtlinie erstellt. Für die Anwendung der besonderen Variante der schriftlichen Willenserklärung, die nachfolgend noch erläutert wird, hat das niederländische Gesundheitsministerium einen separaten Leitfaden erstellt.

3.5.1 Systemlücke?: Abgrenzung zu palliativer Fürsorge ist unklar und problematisch

Wie vorstehend erläutert ist die Beendigung des Lebens durch einen Arzt im Prinzip ein strafbares Verhalten, bei dem ein normales medizinisches Verhalten nicht gegeben ist. Der Arzt muss die Beendigung des Lebens durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid dem Leichenschauer der Gemeinde melden. Diese Bezeichnung sorgt für einen Bruch, für eine juristische Zweiteilung im gesamten System der Beurteilung der Handlungen des Arztes in der letzten Phase des Lebens eines Patienten. In unmittelbarer Nähe zur strafbaren Sterbebegleitung befinden sich nämlich die verschiedenen Formen der intensiven Symptomkontrolle, insbesondere tiefe, kontinuierliche palliative Sedierung bis zum Eintritt des Todes. Bei der palliativen Sedierung geht es darum, das Bewusstsein des Patienten in der letzten Phase des Lebens (erwartete Prognose von höchstens 1-2 Wochen) gezielt zu dämpfen. Die palliative Sedierung ist in Prinzip ein normales medizinisches Handeln, das nicht strafrechtlich überwacht wird und daher vom Arzt nicht dem Leichenschauer gemeldet werden muss; der Patient stirbt eines natürlichen Todes. Diese Unterscheidung und ihre rechtliche Relevanz suggerieren, dass beide Formen des ärztlichen Handelns in der Endphase bereits nach ihrer abstrakten Definition, aber auch nach ihrer Umsetzung in der Praxis, in allen Fällen leicht voneinander zu unterscheiden sind, und zwar so, dass dem Arzt immer klar ist, wie sein Handeln in der letzten Lebensphase des Patienten zu bezeichnen ist: als palliative Sedierung (natürlicher Tod; keine Meldepflicht) oder als im Prinzip strafbare Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid, die nicht zu einem natürlichen Tod führt und daher zu melden ist. Nun wird die palliative Sedierung gemäß der betreffenden Richtlinie durch die Verabreichung von Medikamenten durchgeführt, die das Bewusstsein des Patienten dämpfen und ihn in einen Schlafzustand versetzen, in dem er das Leiden nicht mehr wahrnimmt, so dass er den Tod durch die physische Erkrankung ohne Leiden abwarten kann. Die Verabreichung dieser Medikation ist nicht darauf ausgerichtet, das Leben des Patienten zu beenden. Letzteres ist bei Tötung auf Verlangen (und eventuell bei dem assistierten Suizid) anders. Ein koma-induzierendes Medikament wird in Kombination mit einem Muskelentspannungsmittel verabreicht, mit der Absicht, dass dadurch unmittelbar der Tod folgt. Der Zweck ist somit sowohl bei der Tötung auf Verlangen als auch bei palliativer Sedierung derselbe: die Beendigung des Leidens. Das Mittel ist jedoch ein anderes. Beide Handlungen dienen dazu, dem unerträglichen Leiden ein Ende zu bereiten, wobei die Un-

terscheidung darin bestehen muss, dass die eine Handlung das Leben verkürzt und die andere Handlung nicht. Bei der Verabreichung von Medikamenten im Rahmen der palliativen Sedierung steht die Absicht der Tötung nicht im Vordergrund. Und doch liegt darin der Kern des Problems. In etlichen Fällen der palliativen Sedierung wird diese Form der Sterbebegleitung in einer Weise und unter Bedingungen angewendet, die tatsächlich zu einem früheren Tod führen können und auch führen. In diesem Rahmen nehmen die Ärzte diese Todesfolge auch bewusst als mögliche zusätzliche Konsequenz der angezeigten palliativen Sedierung in Kauf. Der Arzt wird diese Handlung trotz des damit verbundenen Bewusstseins der Todesfolge oft nicht als Tötung auf Verlangen erkennen, da sein Bestreben (in dem Sinne: sein Motiv) bei der palliativen Sedierung nicht die Tötung des Patienten ist. Strafrechtlich ist dies jedoch anders zu beurteilen. Der Paragraph 293 I des StGB-NL über Tötung auf Verlangen umfasst auch Fälle des bedingten Vorsatzes. Eine Handlung ist strafbar, wenn die Person, welche die Handlung ausführt, bewusst den Tod als Folge dieser Handlung in Kauf nimmt. Somit wird auch von Tötung auf Verlangen gesprochen, wenn der Tod nicht das erste und einzige Bestreben des Arztes ist. Somit gehören einige Fälle der palliativen Sedierung in den Anwendungsbereich von Artikel 293 I StGB-NL. Ein Arzt handelt bei der palliativen Sedierung zwar nicht mit dem Bestreben zu töten, aber da Artikel 293 StGB-NL auch das Bewusstsein beinhaltet, fällt das normale medizinische Handeln der palliativen Sedierung unter Umständen durch das Wissen hinsichtlich eines möglicherweise früheren Todeseintritts und dessen Akzeptanz doch in den Anwendungsbereich der strafrechtlichen Bestimmung der Tötung auf Verlangen oder des assistierten Suizids. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Arzt das frühere Eintreten des Todes des Patienten als Folge der palliativen Sedierung bewusst in Kauf nimmt. Aber gerade weil der Arzt in diesen Fällen sein Handeln oft nicht als im Prinzip strafbar anerkennt (schließlich hat er nicht das Bestreben zu töten), bleibt eine Meldung an eine Kontrollkommission und deren Beurteilung in solchen Fällen fast immer aus; der gesetzlich vorgesehene Kontrollmechanismus greift nicht. Die verschiedenen Evaluierungen des Sterbehilfegesetzes 2002 zeigen, dass in der Tat eine mehr oder weniger konstante Zahl von etwa 20 % der Fälle von Sterbebegleitung nicht gemeldet wird.¹¹² Der Hauptgrund dafür

¹¹² Sterfgevallenonderzoek 2010 (Sterbefälle-Untersuchung), S. 41 Evaluierung des (niederländischen) Gesetzes zur Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und Hilfe bei der Selbsttötung (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding – Wtl), Den Haag: ZonMw 2017, S. 180-183.

scheint in der Tat darin zu liegen, dass der betreffende Arzt in solchen Fällen sein Handeln nicht als meldepflichtig anerkennt.¹¹³ In diesen Fällen scheint es daher nicht um einen Arzt zu gehen, der die Meldung dessen, was auch er selbst als (im Prinzip strafbare) Euthanasie anerkennt, absichtlich versäumt, obwohl nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Kategorie ebenfalls solche Fälle umfasst. Die letztgenannte Unterscheidung ist insoweit nicht relevant, da in beiden Situationen gilt, dass Fälle, die gemeldet und beurteilt werden müssten, nicht gemeldet und geprüft werden. Da es sich hier um eine konstante Kategorie von etlichen Fällen handelt, ist das nicht unproblematisch.¹¹⁴ Die Tatsache, dass es sich hierbei wahrscheinlich um Fälle handelt, bei denen bei Meldung und Beurteilung die inhaltlichen Kriterien für Tötung auf Verlangen oder assistierten Suizid oftmals erfüllt sein werden, ändert daran nichts. Das sorgfältige niederländische System, das auf Transparenz und nachträglichen Prüfungen und Kontrollen beruht, funktioniert in dieser Hinsicht nicht gut oder zumindest nicht immer so, wie vorgesehen. Die Konstanz des Problems macht ebenfalls deutlich, dass die Lösung nicht unmittelbar auf der Hand liegt. Die Unterlassung der Meldung der Lebensbeendigung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid, wie in Artikel 293 I StGB-NL genannt, ist allerdings, wie gesagt, an sich eine Straftat. Kann dies jedoch aufgrund mangelnder Klarheit der Qualifikation einem Arzt nicht angelastet werden, ist die Strafbarkeit ausgeschlossen. Dieser Punkt veranschaulicht in der Tat, dass das niederländische System auf einem ausgewogenen Gleichgewicht einer in allen Fällen klaren Regelung beruht, bei der Arzt und Jurist genau wissen, wo sie stehen und wie das Handeln rechtlich zu qualifizieren ist. Doch in der Praxis existiert so ein System, das für alle Fälle und für jedermann klar ist, längst nicht immer. Nach 15 Jahren praktischer Erfahrung im Rahmen des Sterbehilfegesetzes 2002 ist dies eine schwer verträgliche Schlussfolgerung, die auch das Vertrauen in das niederländische System der ‚kontrollierten Ausnahme‘ bei einem objektiven Außenstehenden beeinträchtigen kann.

¹¹³ Evaluierung des (niederländischen) Gesetzes zur Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und Hilfe bei der Selbsttötung (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding – Wtl), Den Haag: ZonMw 2017, S. 202.

¹¹⁴ Dies gilt vor allem angesichts der Tatsache, dass nach jüngsten Zahlen die Zahl der Fälle, in denen Sterbegleitung geleistet wurde, zum ersten Mal seit Jahren rückläufig zu sein scheint, wohingegen die Zahl der Fälle von palliativer Sedierung steigt. Siehe dazu die Ausführungen unter 6.

3.5.2 Anwendung des Gesetzes/Sterbehilfe bei psychiatrischem Leiden

Das Sterbehilfegesetz 2002 geht von einem offenen Leidensbegriff aus. Zwar muss eine Form von (unerträglichem und aussichtslosem) medizinisch eingestuftem Leiden vorhanden sein, doch dies braucht nicht ein somatisches Leiden zu sein. Es war von Anfang an klar, dass der Gesetzgeber im Jahr 2002 auch die Rechtsprechung des niederländischen Obersten Gerichtshofs (Hoge Raad) zu diesem Punkt aus der Zeit vor diesem Gesetz fortsetzen wollte. In dieser Rechtsprechung wurde bereits anerkannt, dass ein Arzt unter Umständen dazu berechtigt ist, unerträgliches und aussichtsloses psychisches Leiden zu beenden, indem er (dazu) das Leben des Patienten beendet.¹¹⁵ Seitens der niederländischen Vereinigung für Psychiatrie (Vereniging voor Psychiatrie) wurde bereits vor dem Sterbehilfegesetz 2002 eine (separate) Richtlinie für den Fall erstellt, dass Psychiater mit einem Ersuchen auf Lebensbeendigung konfrontiert werden.¹¹⁶ Die Tatsache jedoch, dass es sich um psychisches Leiden, um Patienten mit einer psychischen Erkrankung handelt, bringt weitere Schwierigkeiten mit sich, was auch dazu führt, dass es im Gegensatz zu somatischem Leiden nicht ohne weiteres eine Mehrheit bei den Psychiatern gibt, welche den assistierten Suizid im Falle von psychiatrischem Leiden überhaupt für zulässig hält. Die Aussichtslosigkeit ist – wie im Standardfall des somatischen Leidens – beim psychiatrischen Leiden nicht dadurch gegeben, dass der Tod aufgrund der Erkrankung unwiderruflich feststeht bzw. im fortgeschrittenen Stadium der Erkrankung bereits kurz bevorsteht. Der Verlauf einer psychiatrischen Erkrankung ist eher als nicht vorhersehbar zu bezeichnen. Gleichzeitig gibt es jedoch auch häufig Patienten, die kein hohes Lebensalter aufweisen, jedoch bereits eine lange Geschichte (des Leidens an) einer psychiatrischen Störung und (vergeblicher) Behandlung hinter sich haben. Die Hoffnungslosigkeit wird dann vielmehr in dem Leiden bestehen können (müssen), für das es keine vernünftige (Behandlungs-)alternative mehr gibt. Diese Feststellung beruht auch auf der Tatsache, dass eine solche Alternative am Tag nach der Lebensbeendigung womöglich doch zur Verfügung stehen kann, und sei es nur, weil der Patient in verschiedenen Phasen auch unterschiedlich auf Alternativen reagiert. Eine noch wichtigere Komplikation ist auch, dass verhindert werden muss, dass

¹¹⁵ HR 24. Dezember 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8772, NJ 2003/167 m. Anm. von T.M. Schalken (Urteil Brongersma).

¹¹⁶ Diese Richtlinie ist im Herbst 2018 überarbeitet worden. Siehe : <https://www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/herziene-richtlijn-euthanasie-voor-psychiatrische-patienten.htm>. Diese Richtlinie gilt (derzeit) auch für andere Ärzte, wie beispielsweise Hausärzte, falls sie mit einem Ersuchen konfrontiert werden.

das Ersuchen, das Leben zu beenden, von der psychiatrischen Erkrankung herrührt. Diese Erkrankung kann bedeuten, dass kein (ausreichendes) freiwilliges oder gut durchdachtes Ersuchen im Sinne von Artikel 293 I StGB-NL (‘ausdrückliches und ernstliches Verlangen’) bzw. im Sinne von Artikel 2 I a Sterbehilfegesetz 2002 (‘... nachdem der Arzt zu der Überzeugung gelangt sein muss, dass der Patient ‚seine Bitte freiwillig und nach reiflicher Überlegung’ geäußert hat’) vorliegt. Diese Aspekte bedeuten, dass im Rahmen der geltenden rechtlichen Sorgfaltskriterien zusätzliche Anforderungen an die Lebensbeendigung bei psychiatrischem Leiden gestellt werden. Der Arzt ist zu außerordentlich großer Zurückhaltung bei seiner Entscheidung aufgerufen, eine Forderung, die der Hoge Raad 1994 vor Inkrafttreten des Sterbehilfegesetzes 2002 auch bereits gestellt hat.¹¹⁷ Zusätzlich zur Empfehlung des ‚regulären‘ anderen, unabhängigen Arztes (Artikel 2 I.e Sterbehilfegesetz 2002) ist immer ein unabhängiger Psychiater zu konsultieren, der als Experte ein Gutachten über die Rechtsfähigkeit des Patienten im Hinblick auf den Antrag auf Beendigung des Lebens, die Hoffnungslosigkeit und die verfügbaren angemessenen Behandlungsalternativen abzugeben hat.¹¹⁸ Dieser Psychiater kann sich somit auch zur Behandlung des Patienten äußern. Dem Ersuchen um Lebensbeendigung kann nicht entsprochen werden, wenn der Patient vernünftige Behandlungsalternativen ablehnt. Der Hinweis, dass es sich um vernünftige Alternativen handeln muss, ist jedoch nicht so zu verstehen, dass sich der Patient zuerst noch allen denkbaren Behandlungen unterziehen müsste. Hierbei ist somit das Urteil von zwei Ärzten entscheidend. Im Falle von psychiatrischem Leiden liegt es auch auf der Hand anzunehmen, dass die Sterbegleitung bei einem Leiden aufgrund einer psychiatrischen Erkrankung als assistierter Suizid und nicht als Tötung auf Verlangen gewertet wird. Ist dies der Grund dafür, dass die Sterbegleitung bei psychiatrischen Leiden, gewiss zu Beginn, nicht oder nur in sehr geringem Maße und auch in späteren Jahren nur in relativ geringer Zahl, wenn auch bei einer steigenden Anzahl von Fällen, zur Anwendung kommt?¹¹⁹ Bei der Vorstellung

¹¹⁷ HR 21.6.1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2122 NJ 1994/656 m. Anm. T.M. Schalken (Urteil Chabot): „Allerdings ist es schwieriger, wenn sich das Leiden eines Patienten nicht nachweislich durch eine somatische Krankheit oder Erkrankung ergibt und nicht nur darin besteht, Schmerzen zu erleiden und körperliche Funktionen zu verlieren, das Leiden und insbesondere seine Schwere und Aussichtslosigkeit objektiv festzustellen. Daher muss die Prüfung durch den Richter, ob es sich bei solchen Fällen um einen Notzustand handelt, mit größter Behutsamkeit erfolgen.“ Die Erfahrung des Leidens muss insofern von seiner Ursache (somatisch oder psychiatrisch) getrennt betrachtet werden.

¹¹⁸ Der Arzt, der sich für die Sterbegleitung entscheidet, braucht kein Psychiater zu sein.

¹¹⁹ Es ging 2008 um 2 einer Kontrollkommission gemeldete Fälle, 2009 0 Fälle, 2010 2 Fälle,

der neuen Richtlinie wurde betont, dass die Lebensbeendigung bei psychiatrischem Leiden, nicht die Praxis einiger weniger, sondern ein Dilemma für viele sein muss und offenbar die Gefahr besteht, dass eine gewisse ‚Spezialisierung‘ die Gefahr der Erosion, der Untergrabung der gebotenen Zurückhaltung birgt.

Sterbebegleitung bei Leiden aufgrund einer psychiatrischen Erkrankung ist somit möglich und kommt vor, obwohl dies aus dem Wortlaut des Sterbehilfegesetzes 2002 nicht direkt zu entnehmen ist. Dennoch ist deren Anwendung, auch unter Psychiatern, umstritten. Letzteres tritt in einer schwierigeren Variante noch wesentlich stärker auf, die, bemerkenswerterweise, explizit in das Sterbehilfegesetz 2002 aufgenommen wurde: die Möglichkeit der Sterbebegleitung bei einem nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten aufgrund einer zuvor vom Patienten erstellten schriftlichen Willenserklärung.

3.5.3 Anwendung des Gesetzes bei Demenz/Willenserklärung

In der Zeit, als das Sterbehilfegesetz 2002 inhaltlich Gestalt annahm, war klar, dass es in der niederländischen Bevölkerung etliche Willenserklärungen gab, in denen Menschen auf unterschiedliche Art und Weise versuchten festzulegen, was sie sich in Sachen ärztlicher Behandlung und auch Sterbebegleitung wünschten, wenn sie beispielsweise in einem weiter fortgeschrittenen Stadium somatischer Erkrankungen wie Demenz nicht mehr in der Lage wären, ihren Willen angemessen zu formulieren und zu erklären. Lange Zeit war der rechtliche Status dieser Willenserklärung völlig unklar. Im Gegensatz zum Standardfall des einwilligungsfähigen Patienten in der Sterbephase einer somatischen Erkrankung gab es zum Zeitpunkt der Erstellung des Sterbehilfegesetzes 2002 keine Rechtsprechung eines Strafgerichts, aus der sich ein Hinweis ableiten ließ, ob und wenn ja, unter welchen Bedingungen ein Arzt, der auf der Grundlage einer solchen schriftlichen Willenserklärung in einer Phase das Leben beendend handelt, in der der Patient tatsächlich einwilligungsunfähig geworden ist, dazu berechtigt wäre. Der Gesetzgeber verfügte daher über keinerlei Unterstützung für eine diesbezügliche Regelung in Form einer Kodifizierung der bestehenden, allgemein anerkannten Rechtsprechung. Dennoch hielt es der Gesetzgeber für geboten, die schriftliche

2011 13 Fälle, 2012 14 Fälle, 2013 42 Fälle, 2014 41 Fälle, 2016 56 Fälle und 2016 60 Fälle. Im Jahre 2017 handelte es sich bei 83 der insgesamt 6585 den Kontrollkommissionen gemeldeten Fälle um Patienten mit psychiatrischen Erkrankungen.

Willenserklärung im Sterbehilfegesetz 2002 explizit auf eine Rechtsgrundlage zu stellen. Dies erfolgte durch die Aufnahme von Artikel 2 Absatz II, Sterbehilfegesetz 2002 mit folgendem Wortlaut:

‘Wenn ein Patient, der das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat, nicht in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, jedoch vor Eintritt dieses Zustands als zur vernünftigen Beurteilung seiner Interessen fähig betrachtet werden konnte und eine schriftliche Erklärung abgegeben hat, die eine Bitte um Lebensbeendigung beinhaltet, kann der Arzt dieser Bitte Folge leisten. Die in Absatz 1 genannten Sorgfaltskriterien gelten entsprechend’.

An sich passt der Ansatz in das Modell, das der Gesetzgeber für den Standardfall des einwilligungsfähigen Patienten in Artikel 2 I Sterbehilfegesetz 2002 gewählt hat. Darin wird unterstrichen, dass der Patient niemals das Recht auf Sterbebegleitung hat und der Arzt niemals zur Sterbebegleitung verpflichtet ist. In dieses Modell passt an und für sich, dass auch bei der schriftlichen Willenserklärung betont wird, dass die schriftliche Willenserklärung keine Tötung auf Verlangen oder assistierten Suizid garantiert und dass der Arzt dafür sorgen *darf* (dies jedoch nicht muss). Eine schriftliche Willenserklärung ist kein Testament, das durch den Testamentsvollstrecker nach dem Tode ausgeführt werden muss. Gleichzeitig enthält Artikel 2 II Sterbehilfegesetz 2002 eine entscheidende Unklarheit: Die Bedeutung und die Anwendung des Satzes ‘die in Absatz 1 genannten Sorgfaltskriterien gelten entsprechend’ führt in der Praxis zu Verwirrung. Im (niederländischen) EuthanasieCode 2018 steht, unter Verweisung auf die Rechtsgeschichte des Sterbehilfegesetzes, dass die Sorgfaltsanforderungen ‘*soweit wie dies tatsächlich möglich ist, in der gegebenen Situation gelten.*’¹²⁰ Es ist unklar, inwieweit die Sorgfaltsanforderungen überhaupt eine echte Rolle bei der Entscheidung eines Arztes spielen müssen oder können, das Leben eines Patienten zu beenden, der nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zum Ausdruck zu bringen, jedoch seinen Willen früher in einer schriftlichen Erklärung zum Ausdruck gebracht hat, in der er im Voraus angegeben hat, in welcher Situation er sein Leben in Zukunft beendet haben möchte, weil ihm diese Situation zum Zeitpunkt der Erstellung der schriftlichen Willenserklärung aussichtslos und unerträglich erschien. Auf diese Weise formuliert wird klar,

¹²⁰ EuthanasieCode 2018, S. 37.

wo der Schuh drückt. Diese Modalität durchbricht die 'Dreiheit' in der Grundlage für den Standardfall: ein Leiden, das der Patient dem Arzt kommuniziert bzw. kommunizieren kann und aus dem der Arzt den (freiwilligen) Wunsch nach Tod ‚verstehen‘ kann, um seine Entscheidung, das Leben des Patienten zu beenden, vertreten und verantworten zu können. Die Angst vor dem künftigen Verfall ist zu dem Zeitpunkt, wenn der Patient noch in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, noch kein derartiges Leiden. Aber wenn der Patient nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, ‚sieht‘ der Arzt keinen, aus der Erfahrung des Leidens in diesem Augenblick hervorgehenden und verständlichen Wunsch und kein Verlangen nach Lebensbeendigung als Ausweg aus dem Leiden mehr. Für dieses teuflische Dilemma, das insbesondere bei diagnostizierter Demenz und Alzheimer von Bedeutung ist, bietet das Sterbehilfegesetz 2002 dem Arzt keinen Ausweg.¹²¹ Es ist daher an sich zu verstehen, dass die (niederländische) Ärztesorganisation KNMG zunächst gefordert hat, dass ein Arzt nur dann auf der Grundlage einer vorherigen schriftlichen Willenserklärung die Tötung auf Verlangen (Hilfe bei der Selbsttötung ist in diesen Fällen wohl ausgeschlossen) vornehmen darf, wenn vor der Beendigung des Lebens eine solche Kommunikation mit dem Patienten noch möglich ist, dass der Arzt daraus eine Bestätigung des Wunsches ableiten kann, das Leben zu beenden, gleichgültig wie implizit oder gering diese auch sein möge. Das (niederländische) Gesundheitsministerium und das Justizministerium haben zu Recht darauf hingewiesen, dass das Sterbehilfegesetz 2002 diese Anforderung nicht stellt. Dies wiederum führte zu einer ganzseitigen Protestanzeige von mehreren hundert Ärzten in einer Zeitung, die deutlich machten, sich kategorisch zu weigern, jemals eine Person zu töten, die den Wunsch dazu nicht mehr zum Ausdruck bringen kann. Inmitten dieser relativ heftigen Diskussion fällt auf, dass laut dem Jahresbericht 2017 der Kontrollkommissionen im Jahr 2017 drei Fälle gemeldet wurden, in denen der Arzt das Leben des Patienten aufgrund dessen früherer Willenserklärung beendet hat, ohne dass der Patient noch in der Lage war, dem Arzt seinen diesbezüglichen Wunsch ausreichend zu übermitteln. In 166 Fällen wurde Sterbebegleitung in einem frühen Stadium der Demenz gemeldet. In diesen letztgenannten Fällen bot ein einwilligungsfähiges Erfassen des zukünftigen Leidens offenbar eine ausreichende Grundlage für eine Entscheidung über die Beendigung des Lebens. Der große Unterschied in der Anzahl lässt sich vermutlich damit erklären, dass die Beendigung des Lebens,

¹²¹ Das gilt ebenfalls für die Leitlinie der schriftlichen Willenserklärung (Arztfassung), die seitens des niederländischen Justiz- und des Gesundheitsministeriums verbreitet wird.

bei der sich der Arzt lediglich auf die frühere schriftliche Willenserklärung stützt, einer äußerst kritischen Prüfung unterzogen wird. Wie aus dem Jahresbericht 2017 hervorgeht, kam die Kontrollkommission in einem der drei Fälle zu dem Schluss, dass der Arzt fahrlässig gehandelt hatte. Und vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass der einzige Fall, in dem die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren nach dem Sterbehilfegesetz 2002 gegen einen Arzt eingeleitet hat, genau eine solche Situation betrifft (siehe weiter unten). Offenbar ist dann das Ausweichen auf eine Lebensbeendigung zu Beginn einer Krankheit zu einer Zeit, in welcher der Patient noch zur Beurteilung der Zukunft in der Lage ist, eine Option, die sowohl Arzt als auch Patient besser umsetzen und akzeptieren können, auch wenn damit das Akute der Unerträglichkeit des Leidens relativiert wird.

Gleichzeitig ist aber auch klar, dass auf der Grundlage der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung Tötung auf der Grundlage eines ehrlich geäußerten, schriftlichen Verlangens möglich ist und von den Kontrollkommissionen unter Umständen als sorgfältig beurteilt wird. Welche Bedingungen und Kriterien gelten dann? Aus verschiedenen Urteilen der Kontrollkommissionen tritt folgendes Bild zutage: Die schriftliche Willenserklärung ist eine *conditio sine qua non* für Sterbebeileitung bei einem Patienten, der seinen Willen nicht mehr äußern kann, doch sie allein ist nicht ausreichend, um ein mündliches Ersuchen zu ersetzen. Die Willenserklärung scheint eher ein Ausgangspunkt eines Prozesses zu sein. Je klarer, konkreter und detaillierter die Willenserklärung ist, desto größer ist deren Gewicht. Dies gilt auch, soweit die Willenserklärung mit dem Arzt besprochen wurde und ihm weitere Erläuterungen gegeben bzw. von ihm erbeten wurden. Aus der schriftlichen Willenserklärung muss ein eindeutiger Wunsch nach Beendigung des Lebens hervorgehen. Es ist wichtig, die Willenserklärung und die darin zum Ausdruck gebrachten Wünsche für bestimmte Situationen regelmäßig zu aktualisieren und mit dem Arzt zu besprechen, solange der Verfasser noch in der Lage ist, seinen Willen zum Ausdruck zu bringen, so dass kein Zweifel am Inhalt der Erklärung und an der Konsistenz der Wünsche des Patienten bestehen kann. So wird in einem bestimmten Prozess der kontinuierlichen Kommunikation Platz für eine reife Erwägung durch den Arzt in der Situation geschaffen geworden ist, in welcher der Patient dann nicht mehr imstande ist, seinen Willen zu äußern. Für diese letztgenannte Situation ist es wichtig, dass kleine Hinweise, aus denen geschlossen werden kann, dass ein Patient seine vorherige Willenserklärung bestätigt, berücksichtigt werden und nach diesen ge-

sucht wird. Ebenso wichtig ist das Entgegengesetzte: Kontraindikationen, die doch Zweifel am Willen des Patienten, sein Leben zu beenden, aufkommen lassen (können), dürfen nicht ignoriert werden, auch nicht mit Verweis auf die schriftliche Willenserklärung.

Genau an diesem entscheidenden Punkt, so die Kontrollkommission, läuft das Urteil 2016-85 über die das Leben beendende Behandlung durch einen Arzt an einer Patientin mit fortgeschrittener Demenz auf der Grundlage einer schriftlichen Willenserklärung schief.¹²² Die schriftliche Willenserklärung der Patientin konnte, laut den Kontrollkommissionen, in verschiedener Weise interpretiert werden. Der Text könnte möglicherweise bedeuten, dass die Patientin davon ausging, dass sie ihr Verlangen nach Sterbebegleitung noch selbst würde äußern können; und dadurch war der Text unklar und widersprüchlich. Außerdem hatte der Arzt (laut Kontrollkommission) durch die (heimliche) Verabreichung von Dormicum eine Grenze bei der Ausführung der Sterbebegleitung überschritten, ohne mit der Frau zu klären, ob sie noch immer den Wunsch hatte, zu sterben. Als die Patientin auf das Anlegen der Infusion und die Verabreichung der Euthanatika negativ reagierte, hatte der Arzt, laut der Kontrollkommission, zu Unrecht nicht erwogen, ob dies als Zeichen dafür interpretiert werden könnte, dass die Patientin keine Infusion und keine Spritze verabreicht bekommen wollte. Die Kontrollkommission urteilte, dass der Arzt nicht in Übereinstimmung mit den Sorgfaltsanforderungen gehandelt hatte. Es ist verständlich, dass die Staatsanwaltschaft gerade in diesem Fall wie erwähnt erstmals seit Inkrafttreten des Sterbehilfegesetzes 2002 ein Strafverfahren gegen einen Arzt eingeleitet und damit die vom Gesetzgeber gewählte Strafverfolgungsmöglichkeit als letzten Teil des Sterbehilfegesetzes 2002 genutzt hat. Es ist möglich, dass dieses Strafverfahren zu mehr Klarheit über die Standards und Kriterien führt, die für die Anwendung des derzeit noch diffusen Inhalts der Regelung zur Beendigung des Lebens auf der Grundlage einer schriftlichen Willenserklärung gemäß Artikel 2 II Sterbehilfegesetz 2002 gelten.

¹²² Fall 2016-85, Regionale Kontrollkommission für Sterbebegleitung (RTE) Jahresbericht 2016, 55- 59,

<https://www.euthanasiecommissie.nl/uitspraken/jaarverslagen/2016/april/12/jaarverslag-2016>, m. Anm. von *Mevis & Postma* in TvGR 2017 (41) 3.

3.5.4 Erweiterung der Straflosigkeit bei assistiertem Suizid?; Assistierter Suizid bei ‚vollendetem Leben‘?

Der letzte Diskussionspunkt bringt uns auf den bereits mehrfach erwähnten Unterschied im Strafgesetzbuch in der Beurteilung der Strafbarkeit zwischen Tötung auf Verlangen und assistiertem Suizid zurück. Ersteres gilt als eine (etwas) leichtere Form des Totschlags, bei der eine Freiheitsstrafe von 12 Jahren droht, nur drei Jahre weniger als bei Totschlag. Andererseits ist assistierter Suizid nur dann strafbar, wenn die Selbsttötung eintritt und ‚selbst‘ dann beträgt die maximale Freiheitsstrafe ‚nur‘ drei Jahre. Der Strafgesetzgeber sieht die Strafbarkeit bei der Hilfe bei Selbsttötung daher anders als die Strafbarkeit bei Tötung auf Verlangen. Gleichzeitig gilt Folgendes: assistierter Suizid ist, auch wenn sie von einem Angehörigen geleistet wird, in den Niederlanden immer strafbar. In anderen Rechtssystemen, zu denen Deutschland gehört, ist das anders. Dort ist der von Angehörigen geleistete assistierte Suizid nicht strafbar. Die einzige Ausnahme der Strafbarkeit bei der Hilfe bei Selbsttötung ist im niederländischen Recht der Weg über den Arzt und das Sterbehilfegesetz 2002. Für diesen Weg ist somit eine Entscheidung eines Arztes erforderlich sowie ein aussichtsloses und unerträgliches Leiden, wie in diesem Sterbehilfegesetz 2002 festgelegt. In dem zu diesem Gesetz gehörenden System hat der Patient kein Recht auf Sterbebegleitung und damit auch nicht auf assistierten Suizid, wobei der Arzt niemals verpflichtet ist, assistierten Suizid zu leisten, auch dann nicht, wenn alle Kriterien des StGB-NL zusammen mit dem Sterbehilfegesetz 2002 erfüllt sind. Der im Sterbehilfegesetz 2002 genannte Begriff des Leidens beinhaltet auch psychisches Leiden, während ebenfalls die Anhäufung von (medizinischen) Alterserkrankungen auch zu einem Leiden führen kann, wie es im Sterbehilfegesetz 2002 beschrieben ist. Dies gilt aber nicht auch für das (ausschließliche) Leiden ‚am Leben‘, für den Wunsch zu sterben, der sich aus der Überzeugung ergibt, dass das eigene Leben ‚vollendet‘ ist. Angesichts dieser ‚Beschränkungen‘ für nicht strafbare, weil durch die ‚Not‘ der Pflichtenkollision gerechtfertigte Hilfe bei Selbsttötung im niederländischen Recht, gibt es in den Niederlanden seit längerer Zeit eine breitere Diskussion über die Antwort auf die Frage, ob es angebracht ist, die bestehende Strafbarkeit der Hilfe bei Selbsttötung unter allen Umständen beizubehalten. Ist es vielleicht angebracht, mehr (Ausnahme)fälle zu schaffen, in denen die Hilfe bei Selbsttötung, z. B. durch Angehörige, nicht länger strafbar ist? Oder muss nicht auf jeden Fall der Begriff des Leidens, auf dessen Grundlage die Beendigung des Lebens durch einen Arzt nach dem StGB-NL gemeinsam mit dem Ster-

beihilfegesetz 2002 rechtlich möglich ist, auf das ‚abgeschlossene Leben‘ ausgedehnt werden? Dieses Thema wird derzeit bis hin zur Ebene der Rechtsprechung diskutiert¹²³; ein Bericht eines Beratungsausschusses an die Regierung aus dem Jahre 2016¹²⁴ und ein Gesetzesentwurf einer der im niederländischen Parlament und in der jetzigen Regierung vertretenen Parteien zu einem ‚Gesetz über die Prüfung der Sterbebegleitung von älteren Menschen auf Ersuchen‘.¹²⁵ Im Hintergrund spielt mit, ob der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vielleicht vorsichtige Schritte unternimmt, um das Recht auf Straffreiheit für die Hilfe bei Selbsttötung für die Person, die ihr Leben beenden will, oder für den Angehörigen, der dieser Person bei der Ausführung ihrer Tat beistehen will, anzuerkennen. Für die niederländische Situation ist es wichtig, dass eine Ausweitung der Möglichkeiten der Straffreiheit bei der Hilfe zur Selbsttötung durch jemanden, der kein Arzt ist, beispielsweise einen Angehörigen, auch das niederländische Rechtssystem ‚untergraben‘ könnte. Die existierende Modalität der Straffreiheit für die Hilfe bei Selbsttötung basiert auf der Exklusivität des Systems des Strafgesetzbuches in Verbindung mit dem Sterbehilfegesetz 2002, worin die zu prüfende Entscheidung zur Beendigung des Lebens (ausschließlich) durch einen Arzt als strenge Ausnahme von der Strafbarkeit im Mittelpunkt steht. Geht die (Möglichkeit einer) Kontrolle nicht verloren, wenn auch eine Person, die kein Arzt ist, straffrei Hilfe bei der Selbsttötung leisten kann?¹²⁶ Wie ernsthaft und ‚offiziell‘ diese Diskussion auch sein möge, das Thema befindet sich noch so sehr in der Diskussionsphase, dass es derzeit noch unklar ist, in welche Richtung

¹²³ Die Strafsache Heringa hat in der Öffentlichkeit zu großer Aufmerksamkeit und viel Diskussion geführt. In diesem Fall geht es um einen Sohn, der seiner Mutter bei ihrer Selbsttötung assistierte. Heringa wurde in erster Instanz schuldig befunden ohne dass eine Strafe verhängt wurde, doch das Berufungsgericht ist von einem gerechtfertigten Notzustand ausgegangen. Nachdem der Hoge Raad diese Entscheidung aufgehoben hatte, verurteilte ein anderes Gericht den Angeklagten doch noch zu einer Bewährungsstrafe. Die Sache wurde erneut dem Hoge Raad vorgelegt. Siehe jeweils Gericht (Rb.) Gelderland 22. Oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3976, Gerichtshof Arnhem-Leeuwarden 13. Mai 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3444, Hoge Raad 14. März 2017, ECLI:NL:HR:2017:418, Hof 's-Hertogenbosch 31. Januar 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:345.

¹²⁴ *Voltooid leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten*, Den Haag: Adviescommissie voltooid leven 2016. Die Empfehlung dieser Kommission lautet, das bestehende Recht im Hinblick auf die Hilfe bei Selbsttötung vorläufig nicht zu ändern.

¹²⁵ Einsichtnahme über: <https://d66.nl/content/uploads/sites/2/2016/12/Wet-toetsing-levens-eindebegeleiding-van-ouderen-op-verzoek.pdf>.

¹²⁶ Anzumerken ist, dass es bei dieser Diskussion nur um die Strafbarkeit von Artikel 294 Abs. 2 StGB-NL im Hinblick auf die Hilfeleistung bei Selbsttötung bzw. die Verschaffung der dazu erforderlichen Mittel geht. Niemand plädiert für die Abschaffung der Strafbarkeit von Artikel 294 Abs. 1 StGB-NL hinsichtlich der vorsätzlichen Anstiftung zur Selbsttötung.

eine eventuelle weitere Rechtsbildung inhaltlich gehen wird. Wir beschränken uns daher an dieser Stelle darauf, diese Diskussion zu signalisieren.

3.6 Schluss

Im niederländischen Recht ist ärztliche Sterbebegleitung eine kontrollierte Ausnahme bezüglich der Strafbarkeit. Das System bildet ein Gleichgewicht aus Strafgesetzbuch, Leichenbestattungsgesetz und Sterbehilfegesetz 2002. Im Rahmen dieser Gesetzgebung wurde 2002 nach jahrzehntelanger Diskussion und sorgfältiger Rechtsbildung ein Mechanismus geschaffen, der in seiner Funktionsweise ausgewogen ist und seitdem in der Praxis akzeptiert wird, auf dessen Grundlage dem Arzt lebensbeendendes Handeln als (äußerstes) Instrument zur Verfügung steht, um unerträglichem und aussichtslosem Leiden unter Umständen, insbesondere in der Sterbephase, ein Ende zu setzen. Sterbebegleitung durch Tötung auf Verlangen oder assistiertem Suizid kann dann ein (äußerster) Teil der Palliativpflege in der Sterbephase sein. Das war auch der Zweck, den der Gesetzgeber mit dem Sterbehilfegesetz 2002 verfolgt hat, und daher funktioniert es im Standardfall, der den Großteil der Anwendung des Sterbehilfegesetzes 2002 betrifft. Das gesamte auf Ausnahme basierende System gründet sich auf die Entscheidung des Arztes, wobei der Patient jedoch angehört wird. Ein Recht auf Sterbebegleitung für den Patienten gibt es nicht, ebenso wenig wie der Arzt jemals dazu verpflichtet ist. Vor allem hinsichtlich der Kontrollmodalität über (in erster Instanz) die Kontrollkommission, ist das niederländische Modell als solches auch eine typisch niederländische Modalität.

Dieses positive Bild des Standardfalls bedeutet nicht, dass über die weitere Entwicklung keine Diskussion geführt wird. Das Gegenteil ist der Fall. Allerdings lassen sich daraus derzeit nicht bereits konkrete Änderungen des Rechts in Bezug auf die ärztliche Sterbebegleitung in den Niederlanden vorhersagen. Einer Reihe dieser Diskussionspunkte ist gemeinsam, dass es in den Niederlanden Bedenken hinsichtlich der Frage gibt, ob der Ausnahmecharakter bei der Beendigung des Lebens durch den Arzt nicht in gewissem Maße erodiert. Die Zahl der Fälle, in denen ein Arzt das Leben beendet, nimmt im Laufe der Jahre stetig zu, zumindest bis vor kurzem. In den letzten Jahren hat auch die Zahl der Fälle zugenommen, in denen die Lebensbeendigung bei psychiatrischem Leiden und Demenz auf der Grundlage einer vor-

herigen schriftlichen Willenserklärung angewendet wird. Dadurch entsteht auch die Sorge darüber, ob nicht die gesetzlichen Bedingungen und Sorgfaltskriterien, die auf dem Papier nicht geändert wurden, immer leichter einen umfassenderen Inhalt erhalten. Geht der Ausnahmecharakter der (Entscheidung zur) Lebensbeendigung nicht in gewisser Weise verloren? Erodieren die in der Regelung suggerierte Zurückhaltung nicht in gewisser Weise? Die Antwort auf diese Fragen ist schwierig. Die Tatsache, dass diese Diskussion geführt wird, ist an sich bereits ein signifikanter Teil dieser Diskussion. Der Gefahr der Erosion steht weiterhin gegenüber, dass die Entscheidung über die Lebensbeendigung immer wieder eine schwierige, den Menschen belastende Entscheidung für jeden Arzt ist. Und das unabhängig von der Tatsache, dass der Arzt für diese Entscheidung rechtlich allein und voll verantwortlich ist, und seine Entscheidung und der lebensbeendende Eingriff auch danach immer auf ihre Sorgfalt und rechtliche Zulässigkeit geprüft werden. Vielleicht ist es auch bezeichnend, dass die Zahl der Sterbebegleitung-Eingriffe in den Jahren 2017 und 2018 zum ersten Mal seit Jahren wieder zu sinken scheint.¹²⁷ Die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit der Strafverfolgung stärker in den Vordergrund stellt, ist ein Zeichen dafür, dass es nach Ansicht der Staatsanwaltschaft auch angebracht sein kann, die Grenzen des Gesetzes zu überwachen, indem man dem Strafgericht Ausnahmefälle vorlegt, um zu ermitteln, ob die Kriterien des Gesetzes tatsächlich nicht in einer zu leichtfertigen Anwendung zu stark untergraben werden.¹²⁸ Abgesehen vom Standardfall gibt es eine Diskussion, einen Bedarf an weiterer Rechtsbildung und vielleicht sogar an einer Änderung des Gesetzes und des Rechts. Wie in der Zeit vor dem Sterbehilfegesetz 2002 geht die Diskussion noch in alle Richtungen und wird inhaltlich aus sehr unterschiedlichen Beweggründen geführt. Genau wie damals stehen sich das gesellschaftliche Interesse an Zurückhaltung bei lebensbeendendem Handeln auf der einen Seite und das Selbstbestimmungsrecht des Menschen auf der anderen Seite und

¹²⁷ Bericht in De Volkskrant (niederländische Tageszeitung) vom 17. Oktober 2018.

¹²⁸ Nach heutigem Recht kann die Rechtsprechung des Strafgerichts nur dann angerufen werden, wenn die Staatsanwaltschaft in einem konkreten Fall ein Strafverfahren gegen einen Arzt einleitet. Da Letzteres nicht immer offensichtlich ist, wird derzeit eine andere Option untersucht. Nach niederländischem Recht hat die ordentliche Gerichtsbarkeit eine besondere Möglichkeit, nach einem Urteil eines Strafgerechthofs dem Hoge Raad die Rechtsfrage vorzulegen, ob das Gericht das Gesetz in seinem Urteil wohl richtig ausgelegt hat. Diese Frage kann dem Hoge Raad vorgelegt werden, ohne den Beschuldigten (weiter) zu verfolgen. Es wurde der Gedanke vorgebracht, dass auch Urteile der Kontrollkommissionen dem Hoge Raad nur zur Rechtsauslegung vorgelegt werden können, ohne dass dazu ein konkretes Strafverfahren gegen den Arzt eingeleitet wird (bzw. werden muss).

die Ansichten dazu in der (niederländischen) Gesellschaft und im (niederländischen) Recht im Jahr 2019 diametral gegenüber. Anders als vor 2002 können und müssen derzeit das Sterbehilfegesetz 2002 und die daraus gewonnenen Erfahrungen bei der Suche nach möglichen neuen Wegen und Veränderungen in der Diskussion berücksichtigt werden. Führt die Modalität der ‚kontrollierten Ausnahme‘ jetzt, nach fast 20 Jahren Sterbehilfegesetz 2002, zu einem zu zurückhaltenden, paternalistischen Modell? Oder besteht die Gefahr, dass durch Abschaffung, Relativierung oder Anpassung der bestehenden Modalität der ‚kontrollierten Ausnahme‘ das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird? Wer sich vor Augen hält, dass für die Regelung des viel leichter zu verstehenden ‘Standardfalls’ im Sterbehilfegesetz 2002 bereits jahrzehntelange Diskussionen und eine sorgfältige und schrittweise Rechtsbildung erforderlich war, wird erkennen, dass die aktuelle Diskussion nicht kurzfristig zu bereits vorhersehbaren, inhaltlich abgeschlossenen Lösungen oder konkreten Änderungen des bestehenden Rechts führen wird oder wird führen können.

De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de ‘Typizität’ van levensbeëindigend handelen¹²⁹

4.1 Inleiding

Het recht op de grens van leven en dood is onderwerp van soms stevige discussie en rechtsvorming. Een daarbij wat verwaarloosd aspect is de afbakening van euthanasie ten opzichte van palliatieve sedatie. Bij euthanasie gaat het om ‘het opzettelijk beëindigen van het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen’, zoals een en ander in art. 293 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht wordt omschreven, want euthanasie, ook indien begaan door een arts, is een strafbaar feit. Bij palliatieve sedatie is het willen beëindigen van het leven niet aan de orde, maar gaat het om het verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase. Dit handelen wordt, anders dan euthanasie, gezien als normaal medisch handelen dat als zodanig niet via het strafrecht gereguleerd wordt.¹³⁰

Mede gelet op de verregaande consequenties van het onderscheid veronderstelt het recht een heldere afbakening tussen deze twee handelwijzen. Naar verschillende maatstaven en afbakeningscriteria gekeken, moet echter worden geconcludeerd dat de schijn van heldere afbakening bedriegt. Daar waar onduidelijkheid bestaat, is helderheid geboden. Zonder die helderheid loopt

¹²⁹ Dit hoofdstuk is als artikel gepubliceerd: V.E. van de Wetering, P.A.M. Mevis, A. van der Heide, ‘De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de ‘Typizität’ van levensbeëindigend handelen’, *RMThemis* 2019, afl. 6, p. 233-246. De tekst is inhoudelijk afgesloten in november 2019.

¹³⁰ Daargelaten dat toepasselijkheid van art. 307 Sr (dood door schuld) en art. 287 Sr (doodslag) in voorkomende gevallen niet uitgesloten is.

de arts het risico van vervolging ter zake van euthanasie, zo blijkt onder meer uit de hierna nader te bespreken zaak V.¹³¹ en de zaak ‘Tuitjenhorn’¹³². De toenemende aandacht bij het Openbaar Ministerie voor het handelen van de arts omtrent het levenseinde vereist volstrekte helderheid¹³³, ook meer dan in het verleden werd beoogd te verschaffen, juist ook om onnodige strafvervolging te voorkomen.

In het onderstaande onder 2 worden beide vormen van handelen eerst nader geanalyseerd. Vervolgens wordt onder 3 uiteengezet dat de afbakening veel minder helder is dan wordt verondersteld en wenselijk is. Daarna volgt in de onderdelen 4 en 5 een verkenning van de oplossingen die in het verleden (vergeefs) voor dit probleem zijn aangedragen. Na een tussenstand volgt in onderdeel 7 vervolgens een verkenning van andere mogelijkheden en onze suggestie voor een goede afbakening in wet- en regelgeving en in de rechtspraak.

4.2 Nadere duiding van euthanasie en palliatieve sedatie

Euthanasie werd door de Staatscommissie Euthanasie in 1985 gedefinieerd als het ‘opzettelijk levensbeëindigend handelen door een ander dan de betrokkene, op diens verzoek’.¹³⁴ Datgene wat de Staatscommissie euthanasie noemt, werd in 1886 strafbaar gesteld in art. 293 lid 1 Sr, zij het dat krachtens dat artikel het verzoek de vorm moet hebben van een ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’. Het Wetboek van Strafrecht kent de term euthanasie als kwalificatie van dit misdrijf niet. Het gaat in deze bepaling om een verbijzondering van moord (art. 289 Sr) en doodslag (art. 287 Sr); wanneer er geen uitdrukke-

¹³¹ Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394; Hof ’s-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211.

¹³² Wij nemen verder geen standpunt in over de inhoud van deze zaak, maar evident is dat een dergelijke zaak niet op deze manier tot de grote discussies moet leiden waartoe zij aanleiding heeft gegeven.

¹³³ Ook het perspectief van de patiënt vraagt om helderheid voor de arts. Een van de aanbevelingen uit een onderzoek onder nabestaanden door Patiëntenfederatie Nederland maakt de wens duidelijk ervoor te zorgen dat het proces van palliatieve sedatie ‘zo kort mogelijk duurt als eenmaal het besluit tot palliatieve sedatie is genomen’. Die wens is begrijpelijk maar maakt voor de arts in de praktijk het onderscheid met en de afbakening ten opzichte van euthanasie er niet gemakkelijker op. Zie rapport Patiëntenfederatie Nederland, Palliatieve sedatie, juni 2019, p. 5-6.

¹³⁴ Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 26.

lijk en ernstig verlangen bestaat, valt de gedraging onder een van deze laatstgenoemde twee delicten. Het krachtens art. 293 lid 1 Sr te bewijzen opzet is beperkt tot opzet op doden en includeert het voorwaardelijk opzet; het onderscheidt verder niet naar dader of diens motief. Ook als het een arts is die de euthanasie verricht, valt diens gedraging onder de delictsomschrijving van art. 293 lid 1 Sr. Toch verandert door deze typische hoedanigheid van de 'dader' het nodige. Het tweede lid van art. 293 Sr bevat immers een bijzondere strafuitsluitingsgrond waarop (uitsluitend) een arts zich na uitvoering van euthanasie kan beroepen.¹³⁵ Na toetsing van de euthanasie door de Regionale Toetsingscommissies Euthanasie (RTE)¹³⁶ kan blijken dat het handelen van de arts straffeloos is. De verdere uitwerking van dit artikellid is voorzien in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl), waar art. 293 lid 2 Sr naar verwijst.

Volgens de KNMG is palliatieve sedatie 'het opzettelijk verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase'.¹³⁷ Meestal worden daarbij medische behandelingen, inclusief het toedienen van vocht en voeding, gestaakt, met uitzondering van het verstrekken van medicatie ter bestrijding van symptomen, zoals morfine. In de richtlijn Palliatieve sedatie van de KNMG worden diverse vormen van palliatieve sedatie beschreven: continu of intermitterend, oppervlakkig of diep. In relatie tot euthanasie is in het bijzonder de variant 'continu en diep' van belang. Dat is de variant waarin de patiënt tot aan zijn overlijden in een voortdurende toestand van diepe slaap wordt gebracht en niet meer aanspreekbaar is. Het oogmerk dat de arts met (deze vorm van) palliatieve sedatie nastreeft, is het opheffen van de lijdenservaring van de patiënt in de laatste fase van het leven. Om met deze vorm

¹³⁵ In het kader van het betoog achten wij de observatie relevant dat hier een belangrijk verschil in appreciatie begint. De jurist stelt vast dat een gedraging is begaan die onder een delictsomschrijving valt, maar acht vervolgens een rechtvaardigingsgrond van toepassing. Een arts denkt in de eerste plaats in termen van het toepassen of het uitvoeren van een juiste (be)handeling bij de patiënt en heeft moeite met het model dat dit als een uitzondering op een strafbaar feit gewaardeerd en beoordeeld wordt. Dit sluit aan bij het kwalificatieverschil dat ook Van Tol gesignaleerd heeft in zijn empirisch onderzoek: D. van Tol, *Grensgeschieden; een rechts-sociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. Groningen), Groningen: GrafiMedia 2005. Zie ook de Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 240 e.v.

¹³⁶ Op grond van art. 293 lid 2 Sr jo. art. 7 lid 2 Wet op de lijkbezorging (Wlb) rust op de arts de plicht zijn levensbeëindigend handelen (zelf) te melden bij de gemeentelijk lijkschouwer. Dat melden is blijkens art. 293 lid 2 Sr een zelfstandige voorwaarde om een geslaagd beroep te kunnen doen op de bijzondere strafuitsluitingsgrond van dat artikellid.

¹³⁷ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 18.

van palliatieve sedatie te mogen starten moet volgens de richtlijn, naast de aanwezigheid van refractaire symptomen, de levensverwachting beperkt zijn tot maximaal twee weken. Dit om te voorkomen dat het afzien van toediening van vocht en voeding van invloed is op het moment van overlijden. Mits ‘lege artis’, dus conform de criteria van de richtlijn toegepast, bekort continue en diepe sedatie het leven volgens de KNMG niet.¹³⁸ De patiënt sterft een natuurlijke dood. Dat laatste is bij euthanasie juist niet het geval. Daarin schuilt een belangrijk verschil tussen euthanasie en palliatieve sedatie, niet in de laatste plaats vanwege de juridische gevolgen.

4.3 Drie aspecten ter onderscheiding; (be)handelwijze, doel en levensverwachting

4.3.1 De (be)handelwijze als criterium voor onderscheid?

Idealiter is palliatieve sedatie een behandelwijze waarbij geen middelen worden gebruikt die de dood veroorzaken. In de benadering van de richtlijn wordt een slaapmiddel toegediend. Toch krijgt de patiënt in de praktijk vaak ook morfine, bijvoorbeeld om pijn of kortademigheid te bestrijden, ook in de fase van palliatieve sedatie.¹³⁹ Daarbij bestaat bij morfinegebruik het risico dat de ademprikkel bij de patiënt wordt onderdrukt en deze daarop overlijdt.

Bovendien wordt nogal eens morfine toegediend in een hogere dosering dan noodzakelijk met het oog op het sedatieve effect dat ook het gevolg kan zijn van het onderdrukken van de ademprikkel. Ook dan, in deze zgn. ‘morfine-plus-categorie’, kan daardoor de dood worden bespoedigd. Ten slotte is het totaal aan middelengebruik vaak complex. Er is in elk geval sprake van sederende middelen, zoals benzodiazepinen. Dat middel kan reeds op zichzelf, maar zeker in combinatie met morfinegebruik en/of in combinatie met het stoppen van de toediening van vocht en voeding, het levenseinde bespoedigen. Al is lang niet zeker *wanneer* dat het geval is, de conclusie moet zijn dat palliatieve sedatie complexer is dan de richtlijn suggereert. In een bijlage van de richtlijn wordt in dit kader benadrukt dat het verschil tussen continu en

¹³⁸ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, bijlage 3, p. 67.

¹³⁹ Dit hoofdstuk laat zien dat het bij *lege artis* uitgevoerde palliatieve sedatie soms al problematisch kan zijn om de grens tussen normaal en bijzonder medisch handelen te trekken. De vraag naar het soms controversiële gebruik van morfine bij intensieve symptoombestrijding blijft hier verder buiten beschouwing en wordt in hoofdstuk 2 behandeld.

diep sederen enerzijds en euthanasie anderzijds ligt in het effect van beide handelwijzen, namelijk het bekorten van het leven.¹⁴⁰ Als wij het in de woorden van de richtlijncommissie mogen zeggen, dan is het kennelijk zo dat palliatieve sedatie niet adequaat is voor het bewerkstelligen van de dood van de patiënt. Gegeven de voorgeschreven behandelwijze verkort sedatie het leven niet. Echter, in de praktijk is palliatieve sedatie een complexe, veelomvattende behandelwijze die wel degelijk als neveneffect kan hebben dat de dood (eerder) intreedt.¹⁴¹ De (be)handelwijze levert daarmee geen absoluut of voldoende onderscheidend criterium tussen palliatieve sedatie en euthanasie op.

4.3.2 Het doel, het opzet en het te verwachten effect als onderscheidend criterium?

Bij euthanasie handelt de arts met het opzet, ja zelfs het oogmerk op het te weegbrengen van de dood en in de verwachting dat het overlijden van de patiënt direct, dat wil zeggen binnen enkele minuten, volgt. Bij palliatieve sedatie is daarvan in principe geen sprake. De arts brengt iemand opzettelijk in slaap in de verwachting dat de patiënt door deze bewustzijnsverlaging geen ervaring meer heeft van (ernstig) lijden, zulks tot aan het overlijden als gevolg van diens ziekte of aandoening. Maar zoals gezegd is bepaald niet uit te sluiten dat palliatieve sedatie tot het (eerder) overlijden van de patiënt leidt. Hoe is dan de situatie als de arts willens en wetens palliatieve sedatie toepast op een manier die wel degelijk tot het versneld intreden van de dood leidt of kan leiden? Wanneer de arts het eerder intreden van de dood als het ware op de koop toeneemt? Hoe verhoudt zich dit tot het strafrechtelijke leerstuk van voorwaardelijk opzet op het doden?

Op het eerste gezicht lijken de termen doel, oogmerk, intentie en opzet bij het spreken over palliatieve sedatie hetzelfde te betekenen, namelijk de achterliggende subjectieve gedachte over wat degene die handelt (de arts) wil bereiken. Dat is bij palliatieve sedatie niet de dood van de patiënt. Maar de nadere precieze, strafrechtelijke betekenis en reikwijdte van deze termen wordt voor het eventuele bestaan van een 'grijs' gebied op de grens van palliatieve sedatie en euthanasie van cruciaal belang. Dat blijkt als we 'opzet' en 'oogmerk' aan een nadere juridische analyse onderwerpen. Opzet in een juridische context kent een ruimere betekenis dan in het algemene spraakgebruik. De term opzet in juridische zin sluit namelijk (handelen met) bewustheid in en omvat aldus

¹⁴⁰ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, bijlage 3, p. 67 e.v.

¹⁴¹ Vgl. ook G.A. den Hartogh, 'Continuous deep sedation and homicide: an unsolved question in ethics and law', *Medicine, Health Care and Philosophy* 2016; 19, p. 285-297.

meer dan alleen de (of een) intentie (oogmerk) van het handelen. De lichtste vorm van opzet in juridische zin is het ‘voorwaardelijk opzet’. Daarbij wordt opzet op een bepaald gevolg aanwezig geacht indien de handelende persoon willens en wetens (bewust) de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten kans heeft aanvaard dat dit gevolg door zijn handelen zal intreden (en hij desondanks handelt). Hij heeft daarmee dan (het risico op) het intreden van dit gevolg willens en wetens op de koop toe genomen.¹⁴² Van een naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten kans is volgens de Hoge Raad sprake indien het gaat om een in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid.¹⁴³ Terug naar ons thema: men zegt wel ‘bij palliatieve sedatie wordt wel gestorven, maar niet gedood’ vanwege het ontbreken van het oogmerk (intentie) van doden. In strafrechtelijke zin kan daarbij echter wel sprake zijn van opzet op de dood, als de aanmerkelijke kans daarop als gevolg van het handelen bewust op de koop toe wordt genomen.

De onduidelijkheid in de afbakening van euthanasie en palliatieve sedatie wordt gevormd door het feit dat art. 293 Sr voorwaardelijk opzet op het doden includeert, maar dat daarvan bij palliatieve sedatie ook sprake kan zijn. Uit het sterfgevallenonderzoek 2010¹⁴⁴ blijkt dat artsen bij palliatieve sedatie regelmatig rekening houden met het mogelijke effect van bespoediging van het levenseinde.¹⁴⁵ Ook in het meest recente sterfgevallenonderzoek kan hiervan bevestiging gevonden worden.¹⁴⁶ Artsen hielden in 38% van de gevallen waarin zij een patiënt continu en diep sedeerden tot aan het overlijden rekening met de mogelijkheid dat hierdoor het overlijden bespoedigd kon worden en in 2% van de gevallen was bespoediging van het levenseinde naar eigen zeggen zelfs het doel van de sedatie. Nu moet daar bij worden aangetekend dat niet duidelijk is of de door de artsen in deze gevallen onderkende bespoediging van het overlijden daadwerkelijk heeft plaatsgevonden c.q. of zij hun eigen handelen op dit punt wel steeds juist inschatten,¹⁴⁷ maar heldere afbakening ziet er ook op dit punt anders uit.

¹⁴² Het leerstuk van voorwaardelijk opzet is op heldere manier door de Hoge Raad o.a. uiteengezet in het arrest in de medische strafzaak bekend geworden als de zaak *Jansen Steur*. Zie HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, NJ 2017/67, m.nt. P.A.M. Mevis.

¹⁴³ HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718.

¹⁴⁴ Het sterfgevallenonderzoek is een onderzoek naar de frequentie van euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde, dat sinds 1990 elke vijf jaar uitgevoerd wordt.

¹⁴⁵ Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 30.

¹⁴⁶ Sterfgevallenonderzoek 2015, p. 127-129.

¹⁴⁷ Daarover bestaat wel discussie. Zie G.A. den Hartogh, ‘De definitie van euthanasie in het onderzoek naar medische beslissingen rond het levenseinde’, *NJB* 2013/656, afl. 13, p. 798-805 en Van Tol, a.w., (noot 6), p. 138 e.v.

De (tussen)conclusie moet zijn dat waar reeds naar de abstracte omschrijving van het handelen een helder onderscheid tussen palliatieve sedatie en euthanasie lang niet altijd te maken is, dat onderscheid zo mogelijk nog vager wordt als we bij dat handelen het mogelijk gevolg en de bewustheid daarvan bij de arts betrekken.

4.3.3 (Beperkte) levensverwachting als helder criterium?

Bij de rechtvaardiging van euthanasie door een arts op grond van de Wtl wordt geen eis gesteld aan de levensverwachting van de patiënt. Euthanasie kan, indien voldaan wordt aan de zorgvuldigheidsvereisten, ook worden ingezet wanneer de natuurlijke dood nog jaren op zich laat wachten of het moment van intreden daarvan nog geheel onduidelijk is. Volgens de KNMG-richtlijn is een kenmerkend aspect van de handelwijze palliatieve sedatie daarentegen dat het moet gaan om handelen bij een patiënt in de laatste levensfase. Die eis staat mede in het teken van het feit dat palliatieve sedatie naast het toedienen van een slaapmiddel ook bestaat uit de onthouding van de toediening van vocht en voeding.¹⁴⁸ Dat moet niet te lang duren. Daarom is in dat kader de levensverwachting van de patiënt van belang. Onder 'de laatste levensfase' verstaat de KNMG-richtlijn dat de dood ten gevolge van de ziekte 'op redelijk korte termijn' moet worden verwacht.¹⁴⁹ Met 'redelijk korte termijn' wordt bedoeld op minder dan een tot twee weken.¹⁵⁰ Als de dood ten gevolge van de onderliggende aandoening langer op zich zou laten wachten, is er een gerede kans dat de patiënt bij toepassing van palliatieve sedatie eerder aan uitdroging dan aan diens oorspronkelijke ziekte sterft.¹⁵¹

In de praktijk is de beperking tot een termijn van minder dan een tot twee weken voor de dood als voorwaarde voor palliatieve sedatie echter nogal problematisch. Zo blijkt uit het sterfgevallenonderzoek 2010 dat artsen moeite hebben met het inschatten van de levensverkorting bij pijn- en symptoombestrijding: 11% kon de vraag naar hoeveel tijd het leven van de patiënt door

¹⁴⁸ Handelingen die de duur van deze stervensfase verlengen, worden gezien als medisch zinloze handelingen. Zo dus ook de toediening van vocht en voeding.

¹⁴⁹ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 18.

¹⁵⁰ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 26.

¹⁵¹ Vgl. B.E. Chabot, G.A. den Hartogh & J.J.M. van Delden, 'Een eng begrip. Sobere definitie van palliatieve sedatie nodig', *Medisch Contact* 60, nr. 37, september 2005, p. 1466. Ook zij menen dat sedatie, lege artis uitgevoerd, op zichzelf geen levensverkortend effect heeft, 'maar dat is vaak wel het geval bij het afzien van vochttoediening als de resterende levensverwachting meer dan een week is'.

de handelwijze werd bekort niet beantwoorden. Voor intensivering van pijn- en symptoombestrijding geldt verder dat er in 15% van de gevallen naar schatting van de arts sprake was van levensverkorting van een dag of meer, in 3% van de gevallen van een week of meer en bij 1% van een maand of meer.¹⁵² In de richtlijn Palliatieve sedatie worden cijfers besproken waaruit blijkt dat 47% van de patiënten die continu en diep gesedeerd zijn binnen 24 uur overleden is, 47% binnen een tot zeven dagen en 4% binnen een tot twee weken. Bij 2% van de patiënten duurde het langer dan twee weken.^{153, 154} Den Hartogh schrijft over deze cijfers, refererend aan de door de KNMG ingestelde commissie ter voorbereiding van de richtlijn Palliatieve sedatie die stelt dat een mens maximaal circa twee weken geheel zonder vocht in leven kan blijven: 'Een gezond mens wel, maar ook een stervende patiënt in de laatste fase van zijn ziekte? Deze gedachtegang vooronderstelt bovendien dat artsen de levensverwachting van zulke patiënten min of meer op de dag nauwkeurig kunnen inschatten. Dat is niet het geval: boven de 48 uur wordt de onzekerheidsmarge al snel aanzienlijk. Als de patiënt van zijn arts nog twee weken krijgt, kan dat in feite zo maar een maand worden'.¹⁵⁵ Het nauwkeurig inschatten van de resterende levensverwachting van een ernstig zieke patiënt blijkt lastig, zo niet onmogelijk.

In de discussie over palliatieve sedatie, in aanloop naar de KNMG-richtlijn, werd door onder anderen Chabot, Den Hartogh en Van Delden al geadviseerd 'de laatste levensfase' niet op te nemen in de definitie van palliatieve sedatie.¹⁵⁶ Allereerst geven zij aan dat wanneer een arts palliatieve sedatie toepast buiten deze laatste levensfase, hij met iets anders bezig is dan hetgeen onder de definitie valt, en er daarom voor dat handelen weer afzonderlijke richtlijnen ontwikkeld zouden moeten worden. Daarnaast verwoorden zij hun twijfel omtrent de betrouwbaarheid van de inschatting van die laatste levensfase. Ook de richtlijn zelf geeft aan dat het in de praktijk niet altijd eenvoudig is een inschatting te maken van de termijn waarop een patiënt zal overlijden.¹⁵⁷

¹⁵² Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 38-39.

¹⁵³ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 26.

¹⁵⁴ Dit zijn cijfers uit 2005. De derde evaluatie van de Wtl bevat de nieuwste cijfers: respectievelijk 53%, 45%, 1% en 0% langer dan twee weken.

¹⁵⁵ G.A. den Hartogh, 'Palliatieve sedatie en euthanasie. Commentaar op een richtlijn', *TvGr* 2006, p. 93.

¹⁵⁶ B.E. Chabot, G.A. den Hartogh & J.J.M. van Delden, 'Een eng begrip. Sobere definitie van palliatieve sedatie nodig', *Medisch Contact* 60, nr. 37, september 2005, p. 1464-1466.

¹⁵⁷ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 26.

Duidelijk is dat wanneer sprake is van een evident langere levensverwachting dan twee weken, het toepassen van palliatieve sedatie inclusief het nalaten van de toediening van vocht en voeding onder levensbeëindigend handelen met voorwaardelijk opzet geschaard lijkt te moeten worden.

Een tweede probleem betreft de toepassing van palliatieve sedatie bij patiënten met een, al dan niet met zekerheid, geschatte levensverwachting van twee weken of minder. Ook *binnen* die twee weken kan deze handelwijze levensbekortend werken. Hoewel de richtlijn-commissie beargumenteert dat door het afzien van de toediening van vocht en voeding in die fase de patiënt niet sneller zal komen te overlijden omdat de patiënt al stervende is en dus vrijwel altijd overlijdt aan de gevolgen van de onderliggende ziekte,¹⁵⁸ bestaan er toch ook tegengeluiden. 'Wie in deze context 'zuiver' wil sederen, dus met de zekerheid dat de procedure het leven niet bekort, zal de stervende tijdens de sedatie kunstmatig vocht en voeding moeten toedienen tot de dood intreedt', aldus Keizer en Swart.¹⁵⁹ Zij voegen hieraan toe dat dit geen houdbare suggestie is.

Kortom, het vaststellen van de met palliatieve sedatie verbonden maximale termijn van twee weken gaat met veel onzekerheid gepaard. En een daartoe beperkte levensverwachting sluit daarbij niet uit dat handelen van invloed kan zijn op het intreden van de dood. Als het zo ingewikkeld is om vast te stellen wat iemands levensverwachting is, in hoeverre kan een richtlijn daar dan op gebaseerd zijn? Duidelijk is in elk geval dat een voldoende heldere afbakening van palliatieve sedatie respectievelijk euthanasie ook op grond van dit laatste aspect uit de omschrijving van palliatieve sedatie lastig te maken is.

4.3.4 Conclusie: geen onderscheid mogelijk op basis van de drie aspecten

De conclusie is dat de aanname dat de definitie van palliatieve sedatie helder is en dat palliatieve sedatie altijd onderscheiden kan worden van euthanasie onjuist is. Uit een analyse van de belangrijkste drie onderdelen van die definitie blijkt niet alleen dat de afbakening onduidelijk is, maar ook dat er gevallen van palliatieve sedatie zijn die onder de definitie van euthanasie vallen. Doordat de afbakening tussen de twee handelwijzen voor de arts onhelder is, zal de arts die uitgaat van normaal medisch handelen in de zin van palliatieve sedatie niet op het idee komen om bij het inzetten van palliatieve sedatie de

¹⁵⁸ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 35.

¹⁵⁹ A.A. Keizer & S.J. Swart, 'Palliatieve sedatie, het sympathieke alternatief voor euthanasie?', *NTvG* 2005 (149), p. 449-451.

zorgvuldigheidscriteria uit art. 293 lid 2 Sr jo. art. 2 lid 1 Wtl na te leven. Zo zal hij bijvoorbeeld niet vooraf een andere, onafhankelijke arts raadplegen.¹⁶⁰ Ook zal er nogal eens geen sprake zijn van een ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ als bedoeld in art. 293 lid 1 Sr c.q. van een ‘vrijwillig en weloverwogen verzoek’ als bedoeld in art. 2 lid 1 Wtl. Eigenlijk ontzegt de arts zichzelf hiermee op voorhand de mogelijkheid te kunnen voldoen aan de genoemde zorgvuldigheidscriteria en dus de mogelijkheid om zich succesvol te beroepen op de strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr in geval achteraf, na het overlijden van de patiënt, blijkt dat zijn handelen de grens van de strafbepaling van art. 293 lid 1 Sr overschreden heeft.¹⁶¹

4.4 De tot nu toe gevoerde discussie omtrent het (bewust) bespoedigen van de dood bij palliatieve sedatie in de rechtsvorming en de rechtstoepassing

Zoals uit paragraaf 3 naar voren komt, is bepaald niet uitgesloten dat de arts palliatieve sedatie uitvoert op een wijze die tot bespoediging van het levens-einde leidt en dat de arts zich daarvan bewust is. Dat is een effect en gevolg dat hij doorgaans niet wil, in de zin van ‘niet beoogt’, maar dat hij, desondanks handelend, wel aanvaardt in de zin van ‘bewust als gevolg van zijn handelen op de koop toenemend’. In juridische zin is daarmee al snel van opzet op bespoediging van het overlijden van de patiënt sprake. Dat dit als problematisch ervaren wordt, wijzen pogingen tot oplossing ervan in het verleden uit. In dit onderdeel verkennen wij die eerder beproefde oplossingen.

4.4.1 Verdient evidentie wellicht toch uitdrukkelijke regeling?; het voorstel van de Staatscommissie Euthanasie

In 1985 trachtte de Staatscommissie Euthanasie in een van de eerste aanzetten tot een wettelijke euthanasieregeling in het Wetboek van Strafrecht in een voorgesteld art. 293quater Sr uitdrukkelijk vast te leggen dat onder levensberoving, onderscheidenlijk levensbeëindiging, niet moet worden verstaan ‘een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van een behandeling,

¹⁶⁰ Overigens wordt regelmatig wel een palliatief consulent geraadpleegd, maar is dit niet verplicht.

¹⁶¹ Dat levert daarmee ook problemen op ten aanzien van de op grond van de Wtl op de arts rustende meldplicht als voorwaarde voor straffeloosheid. Zie daarover nader V.E. van de Wetering, A. van der Heide & P.A.M. Mevis ‘De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding’, *DD* 2018/64, p. 804-824.

welke noodzakelijk is voor en naar haar aard rechtstreeks is afgestemd op het verlichten van het ernstig lijden van een patiënt'.¹⁶², ¹⁶³ De Staatscommissie betoogde dat een handeling die een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van lijdensverlichting heeft, in het algemeen een onomstreden handeling zou zijn, die geen expliciete uitsluiting van strafbaarheid behoeft. Tegelijk achtte zij het zinvol een dergelijke bepaling tóch in het Wetboek van Strafrecht op te nemen, zodat geen onduidelijkheid zou ontstaan over de vraag of deze handeling tot (strafbare) euthanasie gerekend moet worden: 'Hoewel de Staatscommissie beseft dat een dergelijke (negatieve) definitiebepaling strikt genomen niet in de negentiende titel behoeft te worden opgenomen, acht zij een bepaling terzake toch noodzakelijk, omdat is gebleken – onder meer uit de hoorzittingen – dat er in de praktijk onduidelijkheid bestaat over de vraag of deze gedragingen tot euthanasie gerekend moeten worden'.¹⁶⁴ De Staatscommissie zag daarmee toentertijd al onder ogen dat, om een sluitend systeem te doen ontstaan, het verstandig was ook te beschrijven wat *niet* (meer) onder het (strafrechtelijk) systeem diende te vallen.

4.4.2 De andere benadering van Ch.J. Enschedé

Met het voorstel van de Staatscommissie voor een dergelijke bepaling bleek echter niet het laatste woord gezegd. De bekende strafrechtjurist Enschedé spreekt de Staatscommissie tegen en merkte indertijd, in 1986 (dat is: ver voordat palliatieve sedatie als term en handeling bekend werd), al op dat het een in het recht onhoudbare opvatting is dat er van opzettelijke levensberoving of levensbeëindiging *geen* sprake (meer) is of kan zijn indien en zodra die levensberoving niet langer het *doel* van de gedraging is, zoals de Staatscommissie (wel) stelde. De crux van het verschil schuilt (weer) in het voorwaardelijk opzet; Enschedé's woorden volgend: 'Vandaar dat de genees-

¹⁶² Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 43.

¹⁶³ De volledige tekst van het voorgestelde art. 293quater Sr luidt: Voor de toepassing van de bepalingen van deze titel wordt onder levensberoving onderscheidenlijk levensbeëindiging niet verstaan: a. het niet instellen, onderscheidenlijk het staken van een behandeling op uitdrukkelijk en ernstig verlangen van de patiënt; b. het niet instellen, onderscheidenlijk het staken van een behandeling in gevallen waarin een zodanige behandeling naar heersend medisch inzicht zinloos is; c. het niet behandelen van een bijkomende ziekte of aandoening bij een patiënt die naar heersend medisch inzicht onomkeerbaar het bewustzijn heeft verloren; d. een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van een behandeling, welk noodzakelijk is voor en naar haar aard rechtstreeks is afgestemd op het verlichten van het ernstig lijden van een patiënt.

¹⁶⁴ Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 73.

kundige die in kalm beraad en rustig overleg binnen de maatstaven van de medische standaard medicamenteus pijn bestrijdt wetende dat de versnelling van de dood daarvan het gevolg zal zijn, in termen van de wet opzettelijk en met voorbedachten rade zijn patiënt van het leven berooft. Want ook de voorbedachte raad is er, al is die niet op de dood maar op de pijnbestrijding gericht'.¹⁶⁵

Enschedé ging uit van een andere reikwijdte van art. 293 en 294 Sr. In zijn benadering is een bepaling als voorgesteld door de Staatscommissie niet ten overvloede, maar is deze juist *onmisbaar* om bepaalde vormen van symptoombestrijding bij het door de Staatscommissie voorgestelde systeem buiten het strafrecht te houden. Hij stelt daarbij veeleer de vraag centraal of een systeem dat deze expliciete uitsluiting noodzakelijk maakt wel deugt. Volgens hem is dat niet het geval, want dergelijke handelingen zijn 'van oudsher tot op de dag van vandaag algemeen als ethisch onomstreden normale medische handelingen door een grote meerderheid in onze samenleving ethisch aanvaard'.¹⁶⁶ Enschedé meent dat de Staatscommissie zich door haar eigen voorstel en benadering, waarin deze handelingen via het voorwaardelijk opzet onder het strafrechtelijk systeem vallen, klem heeft gezet. Hij betoogt dat de Staatscommissie er ten onrechte van uitgaat dat art. 287, 289 en 293 Sr het medisch handelen bestrijken: 'Zij betoogt dat naar nú geldend recht die artikelen dat bereik hebben. Dat nu is niet waar, en dat betekent, dat de voorstellen van de commissie, verhuuld, rijkelijk revolutionair zijn. De bepalingen op moord en doodslag zijn alléén op medici toepasselijk die de grenzen van de medische standaard hebben overschreden. Binnen die grenzen hebben artsen altijd thanasiehandelingen, al dan niet op verzoek, op verlangen of met instemming met hun patiënt, verricht. Maar in het systeem van het ontwerp worden alle tot nog toe geaccepteerde thanasiehandelingen strafbaar behoudens de aanwezigheid van een speciale wettelijke uitzonderingsgrond'.¹⁶⁷ Enschedé betoogt daarbij dat het voorstel van de Staatscommissie miskent dat 'de in artikel 293quater Sr genoemde handelingen altijd en van oudsher door artsen in volle gerustheid van hun professionele geweten werden en worden verricht, zonder dat ooit iemand op het idee is gekomen dat

¹⁶⁵ Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 39.

¹⁶⁶ Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 39.

¹⁶⁷ Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 40.

die handelingen onder bereik van art. 287 en 289 zouden vallen'.¹⁶⁸ Hierin komt Enschedé's eigen opvatting naar voren dat (zelfs) euthanasie tot het gewoon medisch handelen behoort, een weg die de Hoge Raad en de Wtl-wetgever later uitdrukkelijk niet zijn ingeslagen. Enschedé eindigt zijn pleidooi met de stelling dat euthanasie zich zonder aanzienlijke schade niet wettelijk laat regelen. 'Het recht kan slechts, maar moet dan ook, een buitengrens stellen die geen arts mag overschrijden. Dat dwingende recht – dat alleen door de rechter kan worden ontwikkeld – moet de plaats markeren waar het gedogen van medische thanasiehandelingen gaat strijden met de openbare orde of de goede zeden. Legt men die grens enger, dan wordt het recht een instrument van onderdrukking van andersdenkenden.'¹⁶⁹

4.4.3 Driemaal is scheepsrecht?

Waar de Staatscommissie Euthanasie en Enschedé het al niet eens konden worden, werd als reactie op het rapport van de Staatscommissie Euthanasie ook nog een derde visie aangedragen door toenmalig hoofdofficier van justitie Josephus Jitta. Hij trok de 'onomstredenheid' van een handeling in de vorm van pijnbestrijding met verhaasting van de dood als bijkomend gevolg in twijfel. Zo schreef hij in reactie op het conceptwetsvoorstel van de Staatscommissie dat deze commissie uit het oog verloor dat 'bij pijnbestrijding met de dood als op de koop toe genomen nevengevolg de grens tussen aanvaardbaar en onaanvaardbaar medisch handelen vliedsdun is en vrijwel oncontroleerbaar'. Hij meende dat men van deze vorm van pijnbestrijding kan zeggen dat zij wordt gehanteerd met minstens voorwaardelijk opzet op het teweegbrengen van de dood, en in de praktijk dan ook wel wordt gebruikt als *verhulling* van levensbeëindigend handelen.¹⁷⁰ Josephus Jitta stond in deze zienswijze niet alleen. In de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel van het Kamerlid Wessel-Tuinstra wordt beredeneerd dat het aanbrengen van een onderscheid tussen directe euthanasie (handeling primair gericht op levensbeëindiging) en indirecte euthanasie (handeling

¹⁶⁸ Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 40.

¹⁶⁹ Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 41. Zoals hiervoor onder 2 uiteengezet volgde de wetgever in de Wtl uitdrukkelijk niet de redenering van Enschedé; de wetgever hield (controle op) euthanasie volgens de regels der kunst binnen het strafrecht door middel van het introduceren van een bijzondere strafuitsluitingsgrond die de strafwaardigheid van het feit zelf opheft, en middels toetsing van de handeling door een multidisciplinaire deskundigencommissie (RTE).

¹⁷⁰ A.N.A. Josephus Jitta, 'Het rapport van de Staatscommissie Euthanasie. Vergelijking met het wetsvoorstel Wessel-Tuinstra', *NJB* 1986, afl. 2, p. 46.

primair gericht op verzachting van lijden van de patiënt met de aanvaarding dat deze handeling ook tot gevolg zal hebben dat het sterven van de patiënt wordt bespoedigd) niet bijdraagt aan verheldering van het vraagstuk van euthanasie: 'Ook hier rijst het gevaar dat gehandeld wordt op de grens van vrijwilligheid of zonder dat de betrokkene volledig is geïnformeerd. De werkgroep Euthanasie van de V.V.D. zegt in haar in 1981 onder verantwoordelijkheid van het hoofdbestuur der V.V.D. uitgebrachte rapport over deze onderscheiding: 'Door sommigen wordt indirecte euthanasie niet als een vorm van euthanasie beschouwd. Deze opvatting is naar de mening van de werkgroep niet juist, omdat het bewust aanvaarden van het bijkomend effect van een steeds hogere dosis pijnstillende middelen gelijk gesteld kan worden met een handeling die levensbekorting beoogt'. Ondergetekende onderschrijft deze opvatting'.^{171, 172}

4.4.4 Herhaling in twee Wtl evaluaties

Met deze reacties op het rapport van de Staatscommissie eind jaren 80 van de vorige eeuw is de discussie niet verstomd, integendeel.¹⁷³ Opvallend is namelijk dat in zowel de eerste als in de tweede wetsevaluatie van de Wtl uit

¹⁷¹ *Kamerstukken II 1983/84, 18331, 3, p. 11.*

¹⁷² Het is overigens de vraag of expliciete uitsluiting alle problemen ook daadwerkelijk zou oplossen; mogelijk ontstaat er dan een ander grijs gebied. Josephus Jitta is in ieder geval tegen een dergelijke uitsluitingsbepaling: 'Gelet op de vaagheid van deze grenzen acht ik het maatschappelijk gezien onverantwoord om categorisch te verklaren dat deze vorm van pijnbestrijding niet onder het Wetboek van Strafrecht valt. Daarmee zou men op voorhand iedere mogelijkheid van controle op dit medisch handelen op de grens van leven en dood uitsluiten.' Zie A.N.A. Josephus Jitta, 'Het rapport van de Staatscommissie Euthanasie. Vergelijking met het wetsvoorstel Wessel-Tuinstra', *NJB* 1986, afl. 2, p. 46.

¹⁷³ De discussie in de Kamerstukken in aanloop naar een wettelijke regeling voor euthanasie lijkt te suggereren dat er een onderscheid te maken is op basis van de vraag of sprake is van een verzoek of niet. Het – kort gezegd – verrichten van wat thans als palliatieve sedatie omschreven is, is in de Kamerstukken, in het verlengde van het rapport van de Commissie Remmelink, als normaal medisch handelen aangeduid. Dat zou niet hebben te gelden voor de categorie van de actieve levensbeëindiging door een arts in het kader van stervenshulp zonder uitdrukkelijk verzoek van de patiënt in geval van een onomkeerbaar elkaar beïnvloedend beginnend falen van vitale functies. Zie o.a. *Kamerstukken II 1991/92, 20383, 14*. Binnen de in dit artikel centraal gestelde problematiek is dit punt van verzoek of niet echter niet het onderscheidend criterium dat kan helpen de grens tussen palliatieve sedatie en euthanasie met voldoende helderheid af te bakenen. Dat sprake is van normaal medisch handelen (ondanks dat het om levensbeëindigend handelen gaat) is niet onderscheidend nu de onhelderheid in de afbakening schuilt in de reikwijdte van art. 293 lid 1 Sr (ondanks dat dat artikel reeds een verzoek vereist). Dat de discussie over het zoeken naar een meer heldere afbakening na deze discussie in de Kamerstukken langs andere wegen werd voortgezet tot aan twee evaluaties van de Wtl toe, illustreert dat in het onderscheid langs de lijn van verzoek/geen verzoek niet de oplossing ligt.

respectievelijk 2007 en 2012 expliciet aanbevolen wordt om, in navolging van het uit 1985 stammende voorstel van de Staatscommissie, in het Wetboek van Strafrecht op te nemen dat onder levensbeëindiging op verzoek niet wordt verstaan het geïndiceerde en proportionele gebruik van middelen ter verlichting van lijden, ook als daarmee het overlijden wordt bespoedigd.¹⁷⁴ Aan deze aanbeveling is nimmer gevolg gegeven; in de derde evaluatie komt zij (zonder opgave van redenen) niet meer voor. Wel wordt aanbevolen het onderscheid tussen levensbeëindigend handelen enerzijds en reguliere symptoombestrijding en palliatieve sedatie anderzijds op te nemen in de scholing van artsen. Aanbevolen wordt verder om overdosering van morfine met bespoediging van het levenseinde als doel te vermijden.¹⁷⁵

4.4.5 De moeilijkheid van afbakening in de praktijk: de zaak V.

De zaak waarin het vraagstuk omtrent het grijze gebied bij uitstek speelde, is de zaak-V. uit 2003.¹⁷⁶ Assistent-geneeskundige V. werd vervolgd voor onder andere het opzettelijk en met voorbedachten rade van het leven beroven van een terminaal zieke 77-jarige man, terwijl V. zijn handelen zelf onder de noemer symptoombestrijding en palliatieve sedatie bracht. Zowel een strafrechtelijke als tuchtrechtelijke procedure volgde, met als uitkomst vrijspraak respectievelijk ongegrondverklaring van de klacht: er was sprake van normaal medisch handelen.

In deze zaak ging de rechtbank (te Breda) expliciet in op het mogelijke bestaan van voorwaardelijk opzet bij de verdachte op de dood van zijn patiënt. Zo overwoog de rechtbank: 'Uitgangspunt bij de verdere beoordeling dient te zijn of verdachte uitgaande van de conditie van de heer D., de te verwachten levensduur en de ten aanzien van hem afgesproken behandeling, met zijn handelingen een zodanige verkorting van de levensduur willens en wetens heeft aanvaard dat geoordeeld moet worden dat bij zijn handelen de verkorting van het leven voorop stond. Het is immers maatschappelijk aanvaard dat pijnbestrijding plaatsvindt, in omstandigheden als hiervoor weergegeven

¹⁷⁴ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2007, p. 29 respectievelijk 2012, p. 230.

¹⁷⁵ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 249.

¹⁷⁶ Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394; Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:A0211. Zie nader over deze zaak J. Legemaate, 'Symptoombestrijding en palliatie versus levensbeëindiging: een terugblik op de zaak Vencken', NTvG 2006 (150), p. 1689-1692.

ook door middel van sederen, zelfs indien dit, zoals vaak het geval zal zijn, als neveneffect, ertoe leidt dat de patiënt eerder komt te overlijden. De enkele kans op eerder overlijden is onder deze omstandigheden niet voldoende om voorwaardelijk opzet op het doden aan te nemen'.¹⁷⁷ De rechtbank meende dat de aangetroffen medicijnen weliswaar de dood kunnen verklaren, maar de aangetroffen concentraties niet bijzonder hoog waren, in elk geval niet zodanig dat daaruit mogelijk het bewijs van voorwaardelijk opzet bij de verdachte op de dood van de patiënt kon worden afgeleid. Bij deze vaststelling moet worden opgemerkt dat palliatieve sedatie als gezegd ook nog een andere zijde kent: het niet langer toedienen van vocht en voeding aan de patiënt. Behalve de vaststelling dat van verder medisch ingrijpen is afgezien, rept de rechtbank niet over dit aspect van palliatieve sedatie in relatie tot het opzet bij de verdachte. Ook de gedachtegang over het medicatiegebruik is opvallend. De rechtbank meent dat de enkele kans op eerder overlijden niet voldoende is om voorwaardelijk opzet aan te nemen. De aanmerkelijkheid van de kans is echter vooral van belang als de verdachte ontkent zich van de kans op een bepaald gevolg van zijn handelen bewust te zijn geweest. Daarvan is in casu geen sprake.

Het is begrijpelijk dat de Rechtbank Breda vanuit het perspectief van de arts begrip kon en wilde opbrengen voor de situatie, maar de vertaling naar het juridische leidt wel tot de nodige vraagtekens. Onzes inziens valt te betwijfelen of het vonnis van de rechtbank aangaande voorwaardelijk opzet juridisch gezien klopt. Wellicht verklaart dat waarom het Gerechtshof in Den Bosch het in hoger beroep ten dele over een andere boeg gooit doordat het hof overweegt dat 'bij het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep niet is komen vast te staan, dat de dood van [slachtoffer] door de onder 1. weergegeven toediening van medicijnen is veroorzaakt'.¹⁷⁸ Los van het voorwaardelijk opzet is het voor het hof kennelijk onzeker of de dood van de patiënt wel door het handelen van de arts is ingetreden. Mocht inderdaad geen sprake zijn van causaliteit tussen het feitelijke handelen van de verdachte en de dood van zijn patiënt, dan komt men niet toe aan de vraag naar het bewijs van opzet. Maar zeker naar de thans vigerende opvatting over het criterium van de causaliteit (kan het gevolg in redelijkheid aan de verdachte worden toege-

¹⁷⁷ Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394, r.o. 7.

¹⁷⁸ Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211. Inhoudelijk is het arrest beperkt tot de bevestiging van het vonnis van de rechtbank met een enkele aanvullende overweging.

rekend?), kan niet al te veel twijfel over de causaliteit van verdachtes handelen bestaan. Opvallend is dat het hof aan zijn overwegingen nog toevoegt dat het tot de overtuiging gekomen is 'dat – gezien zowel de aard van de middelen als de dosering ervan – verdachtes bedoeling bestrijding van de bij [slachtoffer] waargenomen symptomen was en niet de beëindiging van diens leven'. Het is onduidelijk of deze toevoeging over het motief bij de verdachte het hof tot zijn juridisch oordeel over de causaliteit heeft gebracht. Minstens zo belangrijk is dat het stoppen van het toedienen van vocht en voeding aan de patiënt door de verdachte ook bij het Bossche Hof buiten de overwegingen is gebleven.

In de tuchtzaak werd nog wat nader ingegaan op het punt dat het handelen gericht was op levensbeëindiging of (aanzienlijke) levensverkorting en de daarmee corresponderende intentie van de arts. Het Regionaal Tuchtcollege Zwolle maakte daarbij snel duidelijk dat die intentie op zichzelf geen meetpunt is: 'Naar het oordeel van het College is bij de beoordeling van verweerders handelen zijn intentie – het geheel van persoonlijke doeleinden en drijfveren – op zichzelf niet relevant. Waar het om gaat, is of verweerders handelen (...) door de situatie van patiënt geïndiceerd of tenminste gerechtvaardigd was'. Daarbij was van belang in hoeverre sprake was van lijden, of de toegepaste medicatie een binnen de beroepsgroep aanvaard – effectief – antwoord op het bestaande lijden was en of een andere wijze van behandelen in redelijkheid mogelijk was.¹⁷⁹ De gedachtegang van het College leek hiermee aan te sluiten bij de toelichting bij het hiervoor besproken, door de Staatscommissie voorgestelde art. 293quater Sr. Daarin werd immers vermeld: 'Onderdeel d is zodanig geformuleerd, dat in het concrete geval het middel door het lijden moet zijn geïndiceerd en op de verlichting daarvan moet zijn afgestemd. Bestaat er in het concrete geval geen medische indicatie voor de betreffende handeling, of overschrijdt de geneeskundige opzettelijk de aangewezen dosering of had hij ook een ander middel kunnen gebruiken, dat niet als neveneffect levensbeëindiging heeft, dan is het doel niet de verlichting van het lijden, maar de beëindiging van het leven. In dat geval valt het handelen van de arts onder de werking van artikel 293 Sr'.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Regionaal Tuchtcollege Zwolle 10 maart 2005, *Medisch Contact* 2005; 60: p. 499-501, r.o. 5.3.

¹⁸⁰ Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 77.

De zaak V. illustreert dat het voorwaardelijk opzet vertroebelend werkt bij het maken van een adequaat onderscheid tussen palliatieve sedatie en euthanasie. Omdat de uitdrukkelijke uitsluiting van een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg niet is overgenomen in het Wetboek van Strafrecht, kan het niet anders dan dat de gedraging van de arts die in het besef van die verhaasting palliatief sedeert tot op de dag van vandaag via het voorwaardelijk opzet onder de delictsom beschrijving van art. 293 lid 1 Sr valt. Daarbij is het uiteraard de vraag of het ook wenselijk is dergelijke handelingen aan te merken als in beginsel strafbare, levensbeëindigende handelingen. Dat de Rechtbank Breda in de zaak V. geen voorwaardelijk opzet aannam, kan ter zake een signaal zijn. De rechtbank lijkt te worstelen met een juridisch systeem dat niet strookt met de (medische) werkelijkheid. Zij komt met een verrassende interpretatie van het voorwaardelijk opzet, die niet lijkt te stroken met wat voorwaardelijk opzet normaliter inhoudt. In zijn onderzoek uit 2005 maakt Van Tol duidelijk dat over de jaren heen een consistent verschil in perspectief tussen arts en jurist lijkt te bestaan.¹⁸¹ Het verschil tussen het juridische systeem en de medische werkelijkheid is ook een kwalificatieprobleem.¹⁸² In ieder geval wordt andermaal duidelijk dat er een grijs gebied van onheldere afbakening tussen palliatieve sedatie en euthanasie bestaat, waarbij het de vraag is of de juridische tweedeling (nog) strookt met de praktijk. En is het grijze gebied dan het probleem of is het de onderliggende tweedeling die gemaakt is en niet (meer) kloppend lijkt?

4.5 Via het huidig toetsingsmechanisme een antwoord op overlappend gebied?

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat er in het verleden verschillende pogingen zijn gedaan een oplossing te vinden voor het probleem dat palliatieve sedatie overlapt met euthanasie. Voordat we toekomen aan bespreking van mogelijke alternatieve oplossingen, verdient eerst nog een ander aspect enige nadere aandacht. Ook aan de hand van het in 2002 met de Wtl in werking getreden toetsingsmechanisme zijn er in het verleden namelijk pogingen gedaan de grensoverschrijding op te lossen, en wel via twee wegen.

¹⁸¹ Zie D. van Tol, *Grensgeschillen; een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. Groningen), Groningen: Grafimedia 2005 en Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2007, resp. 2012 en 2017.

¹⁸² Vgl. ook P.A.M. Mevis, 'Over de randen van de euthanasiewetgeving', *DD* 2016/35, p. 377.

4.5.1 Palliatieve sedatie onder competentie Regionale Toetsingscommissies

Euthanasie

Allereerst is in 2003 door De Wijkerslooth, toenmalig voorzitter van het College van P-G's, geopperd palliatieve sedatie onder de competentie van de toetsingscommissies te laten vallen. Hij schreef: 'De arts die iemand in coma bracht en vervolgens de toediening van voedsel en vocht afbrak, had misschien niet de intentie dat die persoon uiteindelijk zou overlijden, maar strafrechtelijk is hier wel degelijk een relevante samenhang. Als de dood van de patiënt een zeer waarschijnlijk gevolg van de door de arts gepleegde handelingen is, kan daarmee het opzet worden bewezen'.¹⁸³ Zoals we bij het bespreken van de levensverwachting als onderscheidend aspect hebben aangeduid, komt Den Hartogh tot een soortgelijke conclusie als De Wijkerslooth. Hij meent dat de parallel lopende handelingen van het starten van palliatieve sedatie en het onthouden van de toediening van vocht en voeding gezien moeten worden als een vorm van doden. Hij meent dat dit in ieder geval zo is in zaken waarbij de levensverwachting van de patiënt langer is dan het nu in de richtlijn erkende maximum van twee weken, maar dat daarnaast discutabel is of dat niet ook geldt voor gevallen onder dat maximum.¹⁸⁴

Op die veronderstelling van het bewijs van het opzet stelde De Wijkerslooth terminale sedatie in effect gelijk aan euthanasie, dus behoort die palliatieve sedatie volgens deze auteur dezelfde externe controle op de zorgvuldigheid ervan te krijgen. Palliatieve sedatie dus onder het strafrecht en via art. 293 lid 2 Sr onder de competentie van de RTE's, en standaard getoetst. Los van het feit dat dit op veel weerstand bij artsen zal stuiten en de RTE's onder de huidige regelgeving al overvraagd zijn, is het gestelde door De Wijkerslooth inderdaad het andere uiterste waar wij niet voor zouden willen pleiten. Toch is het een stellingname die andermaal de noodzaak van heldere afbakening illustreert.

4.5.2 Poging in de praktijk; verzoek tot toetsing palliatieve sedatie

Het vraagstuk omtrent de reikwijdte van de toetsing door RTE's is vervolgens ook via een andere weg aan het licht getreden. In een zaak uit 2005 kreeg een RTE een vraag voorgelegd over een casus waarin een arts een ernstig zieke en

¹⁸³ J.L. de Wijkerslooth, 'Twee lacunes in de euthanasieregeling', *Opportuun* 2003, nr. 10. Waar voorheen gesproken werd van 'terminale sedatie', wordt dezelfde handeling tegenwoordig veelal palliatieve sedatie genoemd. Daaronder kan ook worden verstaan tijdelijke en/of intermitterende sedatie.

¹⁸⁴ G.A. den Hartogh, 'Continuous deep sedation and homicide: an unsolved question in ethics and law', *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2016; 19, p. 285-297.

lijdende patiënt palliatief gesedeerd had. Hoewel er volgens de arts voldaan was aan de criteria voor palliatieve sedatie, meldde hij de casus aan als overlijden ten gevolge van uitvoering van euthanasie, omdat hij ook het infuus van de patiënt gestopt had. De RTE oordeelde dat het afzien van kunstmatige toediening van voeding en vocht normaal medisch handelen betreft wanneer het aanvangen of voortzetten daarvan medisch zinloos is of wanneer daarvan op verzoek van de patiënt wordt afgezien. De toetsingscommissie ging dus niet mee met De Wijkerslooth, die juist betoogde dat dit handelen vanwege het voorwaardelijk opzet-begrip bijzonder medisch handelen kon worden. De RTE kwam echter verder niet aan toetsing toe vanwege het feit dat zij de voorgelegde zaak buiten haar beoordelingscompetentie achtte nu het immers naar haar oordeel niet over euthanasie ging.¹⁸⁵

4.6 Tussenstand in opmaat naar mogelijke oplossingen

Eerdere pogingen om het vraagstuk over de afbakening van palliatieve sedatie en euthanasie op te lossen blijken dus te zijn gestrand. Dat maakt dat de zoektocht voortgezet dient te worden. Bij de nadere uitwerking van de twee handelwijzen kwam een cruciale bevinding naar voren. Vanuit het strafrecht gedacht is euthanasie een strafbaar *feit* waarbij bewustheid van het gevolg van het handelen bepalend is. Wanneer voldaan wordt aan de delictsomschrijving in lid 1 van art. 293 Sr, en het verboden gevolg (het overlijden van de betrokken persoon) inderdaad intreedt, wordt de grens van strafbaarheid overschreden. Daar doet eventuele toepassing van het tweede lid van datzelfde art. 293 Sr niet aan af. Echter, wanneer er vanuit het perspectief van de arts wordt gekeken staat het opheffen van ondraaglijk lijden centraal en wordt euthanasie een *middel*: op grond van het medische perspectief is euthanasie een middel dat de arts tot zijn beschikking heeft om ervoor te zorgen dat de patiënt niet meer ondraaglijk lijdt. Het effect van het handelen in de zin van de dood van de patiënt is in dit perspectief niet langer bepalend; het handelen wordt een instrument ter bestrijding van ondraaglijk lijden. In zo'n perspectief komt euthanasie op gelijke voet te staan met palliatieve sedatie als normale medische handeling met een soortgelijk doel, namelijk voldoen aan de plicht als arts om een patiënt niet langer te laten lijden dan strikt noodzakelijk is. Het 'grijze gebied' wordt dan ineens minder een probleem.

¹⁸⁵ Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, jaarverslag 2005, p. 8. De beslissing is niet gepubliceerd omdat de RTE niet toekwam aan toetsing.

Het feit dat juristen het gebied 'grijs' noemen, is een indicatie dat het onderliggende zwart-witte uitgangspunt in het recht niet (meer) klopt. Het lijkt zodoende te gaan om een verschil van perspectief tussen de arts en jurist.

Dat brengt ons ook weer bij de bepaling van de Staatscommissie. De Staatscommissie adviseerde pijnbestrijding met voorwaardelijk opzet op het doden nadrukkelijk uit te sluiten van de reikwijdte van de strafbepaling en daarmee van strafbaarheid van art. 293 Sr, zodat geen onduidelijkheid zou ontstaan over de vraag of die handeling tot euthanasie gerekend moet worden. Zowel de eerste als de tweede wetsevaluatie van de Wtl bevatte een aanbeveling in deze richting. De Staatscommissie en wetsevaluaties erkennen hiermee impliciet dat er een grijs gebied op de grens van euthanasie en palliatieve sedatie bestaat. Een voorstel c.q. aanbeveling voor een uitdrukkelijke wettelijke bepaling was anders overbodig geweest. De Staatscommissie komt niet met een inhoudelijke oplossing maar geeft aan dat, voor zover het handelen in het grijze gebied naar de (juridische) letter onder euthanasie valt, het niet wenselijk is het daarvoor geldende systeem van beoordeling toe te passen. De Staatscommissie maakt er een afbakeningsprobleem van, en wel afbakening in het toepasselijke stelsel van rechtshandhaving en controle. Bij nader inzien is dit zo gek nog niet. Art. 293 lid 2 Sr biedt een regeling voor de arts om door middel van euthanasie ondraaglijk lijden te beëindigen. Omdat pijnbestrijding met voorwaardelijk opzet op het doden in het verlengde van palliatieve sedatie ligt, lijkt de Staatscommissie het niet wenselijk te vinden die handeling onder het strafrecht te laten vallen. Het lijkt er dan op dat het niet zozeer nodig is het onderscheid tussen palliatieve sedatie en gevallen van euthanasie in het verlengde daarvan nader inhoudelijk te preciseren of te formaliseren. Men kan kennelijk een heel eind komen met het nader regelen van het handelen van de arts in beide situaties vanuit het gemeenschappelijke van beide handelwijzen. Bij euthanasie is opzet op de dood een gegeven alleen al blijkend uit de gekozen middelen; bij palliatieve sedatie wordt het risico van de dood op de koop toe genomen. Het gemeenschappelijke is dat in beide gevallen sprake is van een *middel* met als doel de patiënt te sparen voor verder ondraaglijk lijden. Het is daarbij een interessante gedachte dat in dat gemeenschappelijke van het middel, het grijze gebied zelf dan niet het probleem (b)lijkt te zijn, maar eerder de bestaande (juridische) afscheiding tussen palliatieve sedatie en euthanasie.

4.7 Een verkenning van enkele mogelijke oplossingen voor het probleem

Geconstateerd kan worden dat de suggestie van een heldere afbakening op grond van de toepasselijke regelgeving niet klopt. Daaruit vloeit voort dat er gevallen van palliatieve sedatie zijn waarop art. 293 Sr en de Wtl van toepassing is, en die daarmee eigenlijk ter toetsing gemeld zouden moeten worden bij een RTE. De arts zal dan bijna per definitie niet naar de zorgvuldigheidscriteria voor euthanasie gehandeld hebben omdat hij de behandeling niet als euthanasie zal hebben ‘voorgezet’. De strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr is dan niet van toepassing. Het ingewikkelde aan dit probleem is dat het niet lijkt te gaan om verwijtbaar handelen van artsen in de zin dat zij euthanasie hebben toegepast zonder zich daarbij aan de zorgvuldigheidscriteria te (willen) houden, maar dat het kennelijk gaat om een handeling die niet beleefd wordt als euthanasie. Vanuit die invalshoek kunnen enkele oplossingen bedacht worden die tot een betere afbakening leiden.¹⁸⁶

4.7.1 Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid

Allereerst is er de mogelijkheid om de onhelderheid van afbakening weg te nemen door het gebruik van het concept van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.¹⁸⁷ Deze ongeschreven algemene strafuitsluitingsgrond (rechtvaardigingsgrond) werd door de Hoge Raad voor het eerst (maar tegelijk ook voor het laatst en niet eens helemaal duidelijk) aangenomen in de Veearts-arresten.¹⁸⁸ Van Veen typeerde deze ontwikkeling als het geruisloos zetten van de stap van een niet toepasselijk zijn van een delictsomschrijving naar de exceptionele omstandigheid, die bestraffing verhindert.¹⁸⁹ Bij het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid gaat het om een situatie waarbij de gedraging van verdachte voldoet aan de delictsomschrijving (bijvoorbeeld die van art. 293 lid 1 Sr), maar waarbij deze gedraging niet als wederrechtelijk aangemerkt zou moeten worden, aangezien het achterliggende beschermde rechtsgoed door de gedraging niet wordt geschaad: het kan daarmee de be-

¹⁸⁶ Vgl. ook reeds C. Kelk, ‘Aan de grens van het bestaan. Beschouwingen over euthanasie’, in: J.K.M. Gevers e.a. (red.), *Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens* (Liber Amicorum H.J.J. Leenen), Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990, p. 149-169.

¹⁸⁷ Zie nader over beoogde uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid aan de hand van diverse voorbeelden uit de strafrechtpraktijk V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker ‘De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag’, *DD* 2018/13, p. 138-167.

¹⁸⁸ HR 27 juni 1932, *NJ* 1933, p. 60 en HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, p. 918, m.nt. Taverne.

¹⁸⁹ Th.W. van Veen, ‘Het stelsel der excepties’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 356.

doeling van de wetgever niet zijn geweest de verdachte hiervoor daadwerkelijk te willen straffen.¹⁹⁰ Daarmee rijst echter de vraag of het in zo'n geval niet juist aan de wetgever is om de reikwijdte van de strafbepaling inzichtelijk te maken.

Voor de straffeloosheid van palliatieve sedatie die over de grens van euthanasie (of eventueel doodslag of moord) gaat, is de mogelijkheid van het verval van wederrechtelijkheid via deze optie van afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid ook om een andere reden een doodlopende weg. Immers: een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid is alleen mogelijk wanneer datgene wat er gebeurt en het belang dat daarmee wordt gediend, in het verlengde ligt van het rechtsgoed dat de wetgever met de betreffende strafbepaling heeft willen beschermen. Daarmee is een belangrijke complicatie bij deze eerste mogelijke oplossing een feit. Immers, art. 293 lid 1 Sr beschermt het recht op leven. Dat geldt evenzeer voor palliatieve sedatie met voorwaardelijk opzet op de dood; dat dit doden niet het *motief* van het handelen van de arts vormt, doet niet af aan het feit dat sprake is van een krenking van het rechtsgoed dat de wetgever nu juist wel uitdrukkelijk wil beschermen. Een poging het probleem van het grijze gebied op te lossen via een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid lijkt hier dan ook te stranden.

4.7.2 Juridisch handvat van tekstinterpretatie de oplossing?

De voorgaande mogelijkheid belicht een modaliteit van het aannemen van een strafuitsluitingsgrond als *uitzondering* van strafbaarheid van een gedraging die op zichzelf wel onder een delictsomschrijving valt. Echter, er is meer dan alleen de mogelijkheid van een uitzondering. Zo bestaat er om tot straffeloosheid van bepaald gedrag te geraken ook de variant van het beperkend interpreteren van de delictsomschrijving door de rechter. Zoals we hiervoor zagen is het Enschedé geweest die in het kader van de niet-strafbaarheid van euthanasie begaan door een arts in de jaren '80 van de vorige eeuw de variant van 'beperkend interpreteren van een delictsomschrijving' onder de aandacht heeft gebracht. Hij verdedigde de opvatting dat de arts die binnen de grenzen van zijn medische professie handelt, ondanks het feit dat dat handelen euthanasie includeert, het leven van zijn patiënt niet *berooft* in de zin van art.

¹⁹⁰ Zie hierover meer uitgebreid o.a. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 353 e.v.

293 lid 1 Sr, zoals dat artikel vóór 1 april 2002 nog luidde.¹⁹¹ Enschedé maakte dus gebruik van de methode van tekstuele interpretatie tot beperking van strafbaarheid.¹⁹² Die vorm van interpretatie van art. 293 lid 1 Sr werd echter door de Hoge Raad in het bekende euthanasie-arrest uit 1984 expliciet afgewezen¹⁹³ en is thans ook niet meer mogelijk nu art. 293 lid 1 Sr sedert 2002 spreekt van het veel neutralere ‘levensbeëindiging’. Biedt deze modaliteit niet toch ook een handvat om aan een betere afbakening tussen euthanasie en palliatieve sedatie bij te dragen? Dat zou dan moeten gebeuren door te redeneren dat bij palliatieve sedatie, vanwege het uitsluitende oogmerk van pijnbestrijding en het ontbreken van het doel, van het oogmerk om te doden, geen sprake is van ‘levensbeëindiging’ in de zin van art. 293 lid 1 Sr. In geval van het wegnemen van pijn in het kader van palliatieve sedatie gaat het om een normale medische handeling waar weliswaar de (eerder intredende) dood een gevolg van kan zijn, maar waarvan dat niet een beoogd gevolg is, zodat, zo zou de redenering dan moeten zijn, zodoende van ‘levensbeëindiging’ in de zin van art. 293 lid 1 Sr geen sprake is. Wanneer de term levensbeëindiging uit art. 293 Sr zo wordt geïnterpreteerd dat daarvan alleen sprake is als de handeling daartoe adequaat en beoogd is, zou daarmee een oplossing voor het afbakeningsprobleem gevonden zijn. Er is bij palliatieve sedatie dan niet voldaan aan het bestanddeel levensbeëindiging in de zin van de wettelijke strafbepaling van art. 293 lid 1 Sr.

Dat brengt ons direct bij een belangrijke tegenwerping van deze variant. Wanneer het oogmerk daadwerkelijk de handeling kleurt en we langs die weg in tekstuele interpretatie een oplossing vinden voor het grijze gebied, dan rekenen we op de zuiverheid van het oogmerk van de arts. Binnen het grijze gebied vallen echter niet alleen gevallen waarbij duidelijk sprake is van de ‘goede’ intentie van de arts.¹⁹⁴ Alleen op het moment dat in *alle* gevallen ge-

¹⁹¹ Ch.J. Enschedé, *De Arts en de Dood*, Deventer: Kluwer 1985.

¹⁹² Dit beperkend interpreteren van de in de delictsomschrijving omschreven gedraging vindt buiten het terrein van euthanasie een duidelijk voorbeeld in een uitspraak van de Hoge Raad uit de jaren '70 inzake art. 280 Sr (onttrekking van een jeugdige aan het ouderlijk gezag). In de casus die leidde tot het arrest van 11 mei 1976 (NJ 1976/538, m.nt. Th.W. van Veen (JAC)) kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat een handeling feitelijk gezien wel ‘onttrekking aan het ouderlijk gezag’ kan zijn, maar dat, wanneer die onttrekking tot doel heeft hulpverlening op gang te brengen en die hulpverlening gericht is op herstel van de relatie tussen ouder en kind, het niet om ‘onttrekken’ in de zin van de wet gaat. Het oogmerk van de handeling van de jeugdhulpverlener kleurt dan (de wederrechtelijkheid van) de handeling.

¹⁹³ HR 27 november 1984, NJ 1985/106, m.nt. Th.W. van Veen.

¹⁹⁴ V.E. van de Wetering, A. van der Heide & P.A.M. Mevis, ‘De meldplicht van de arts. Een

rekend kan worden op een zuiver oogmerk gericht op pijnbestrijding, kan mogelijk van een dergelijke tekstuele interpretatie gebruikgemaakt worden. Er is ook nog wel een andere belemmering van meer juridisch-technische aard. Beperkend interpreteren is eigenlijk alleen mogelijk bij objectieve bestanddelen omtrent de omschrijving van het gedrag. In de hier onderzochte oplossing wordt eigenlijk, via interpretatie van het feitelijke bestanddeel 'levensbeëindiging', een andere inhoud gegeven aan het opzet dat apart als bestanddeel in art. 293 lid 1 Sr voorkomt. Het zou in zoverre meer voor de hand liggen om de oplossing dan te zoeken in de beperking van strafbaarheid tot het handelen met het oogmerk van levensbeëindiging (in plaats van het opzetbestanddeel van het huidige art. 293 lid 1 Sr). Bij palliatieve sedatie is immers van dat oogmerk geen sprake. Tegen deze oplossing verzet zich dan weer dat art. 293 lid 1 Sr een ruimere reikwijdte heeft dan het handelen van een arts. In het kader van die wenselijke reikwijdte ligt het niet voor de hand het opzetbestanddeel tot 'oogmerk' te beperken. Als laatste tegenargument voor deze oplossing moet worden genoemd dat de wetgever met de wetswijziging van de term 'levensberoving' naar 'levensbeëindiging' er juist voor heeft gekozen om de negatieve kwalificatie verbonden aan het bestanddeel 'levensberoving' uit art. 293 lid 1 Sr (oud) uit de delictsomschrijving te halen, maar dus wel alle opzettelijke vormen van levensbeëindiging in objectieve zin eronder heeft willen brengen. Deze drie tegenargumenten zorgen er daarom voor dat (ook) de poging het afbakeningsprobleem op te lossen via tekstinterpretatie strandt.

4.7.3 Naar Duits voorbeeld: Typizität

De conclusie dat bovenstaande oplossingen niet passend lijken, brengt ons bij een derde mogelijkheid tot oplossing. In het kader van de discussie over strafbaarheid van euthanasie wees Kelk op het in de Duitse dogmatiek ontwikkelde leerstuk van Typizität als niet in het wetboek uitdrukkelijk voorziene modaliteit.¹⁹⁵ Dit leerstuk werd voor het eerst in het Nederlandse strafrecht geïntroduceerd door Pompe, zij het impliciet, in zijn noot bij het Hohner muziekinstrumentenarrest in de jaren '30 van de vorige eeuw.¹⁹⁶ In de casus die leidde tot dit arrest had verdachte door het aannemen van een

problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding', *DD* 2018/64, p. 804-824.

¹⁹⁵ C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 323-341.

¹⁹⁶ HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929, m.nt. Pompe (Hohner muziekinstrumentenarrest).

valse hoedanigheid de afgifte van een hem niet toebehorende offerte bewerkstelligd. Dat klinkt als oplichting in de zin van art. 326 Sr. De verdachte had de afgifte in eerste instantie echter niet bewerkstelligd om er zelf beter van te worden, maar om bevestiging te vinden van zijn vermoeden dat een offerte uitgestuurd was, waarvan de prijs lager lag dan wat door de Hohner muziekmusikanten aan grossiers toegestaan was. Desondanks nam de rechter het bewijs van (het oogmerk van) ‘wederrechtelijke bevoordeling’ in de zin van art. 326 Sr aan. In zijn noot onder het arrest is Pompe kritisch over het feit dat de rechter in deze zaak (uitsluitend) toetst aan de afzonderlijke bestanddelen van het delict. Hij meent dat er te weinig wordt gekeken naar de kwalificatie van het delict – in casu oplichting – als geheel. Er dient naar zijn oordeel niet te worden volstaan met de vervulling van de afzonderlijke bestanddelen van het delict. Er dient in voorkomende gevallen apart aandacht geschonken te worden aan de samenvattende kwalificatie in een strafbepaling: ‘Het geheel is meer dan de som van de deelen. Het geheel bevat immers een structuur van de gezamenlijke deelen, welke in de bijeenvoeging der deelen op zich zelf niet gegeven is’.¹⁹⁷ Het kan in de benadering van Pompe zo zijn dat alle bestanddelen van een delict vervuld zijn, maar dat deze bij elkaar het typische van het betreffende delict (i.c. oplichting) toch niet opleveren.¹⁹⁸

¹⁹⁷ W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929 (Hohner muziekinstrumentenarrest).

¹⁹⁸ Een ander ietwat vermakelijk voorbeeld is het Gevangenisvoedsel-arrest (HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941/87), eveneens met noot van Pompe. In de casus die leidde tot dit arrest had iemand anders dan de aangewezen dader zich gemeld aan de gevangenispoort om voor de veroordeelde diens straf van vier weken te voldoen. Nadat de persoonsverwisseling uitkwam, werd ook deze onterecht gedetineerde persoon vervolgd en veroordeeld voor oplichting: hij had immers met een valse hoedanigheid bewerkstelligd, zo was de gedachte, dat hij in de gevangenis ‘van rijkswege’ voeding kreeg waarop hij geen recht had. Aldus werd het oogmerk op de wederrechtelijke bevoordeling (door het verkrijgen van voedsel) aangenomen en daarmee werd deze verdachte via dit vermogensdelict veroordeeld voor het uitzitten van een straf die aan een ander was opgelegd. Daarbij was het verkrijgen van voeding natuurlijk niet het motief van deze dader. Kelk schrijft: ‘Het atypische van de gedragingen in relatie tot de delictsomschrijving van oplichting (...) was in deze gevallen dat de dader met een wezenlijk ander doel of met een wezenlijk ander motief had gehandeld dan essentieel is voor het wettelijk gemarkeerde strafbare feit, zodat het moeilijk was om met droge ogen dit feit in zijn ware gestalte gepleegd te achten’ (C. Kelk, ‘Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving’, in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 330). Met andere woorden: de bezeugde verklarde handelingen hadden, hoewel strikt genomen onder de delictsomschrijving vallend, meer in totaliteit bekeken niet als oplichting mogen worden gekwalificeerd. Het lijkt niet passend de dader voor oplichting te straffen, omdat het niet strookte met de strekking van het delict. Het typische van de oplichting ontbrak aan de handelwijze. Andere voorbeelden hierbij uit de praktijk zijn hackers die te goeder trouw willen aantonen dat een

Typizität kan bijgevolg uitkomst bieden voor situaties waarbij de onderscheiden bestanddelen van de delictsomschrijving worden vervuld, maar waarin desondanks met kwalificatie van dat handelen als zodanig toch geen recht wordt gedaan aan het type gedragingen waar de delictsomschrijving betrekking op heeft c.q. slechts op zou moeten hebben. De enkele vervulling van de bestanddelen lijkt dan onvoldoende recht te doen aan de toetsing van het bewezen handelen aan de delictsomschrijving in zijn geheel.¹⁹⁹ Iets kan letterlijk gezien vallen onder de delictsomschrijving, maar die omschrijving lijkt voor een bepaalde variant van het strafbaar gestelde handelen niet bedoeld te zijn. Er is dan ruimte om via het 'typische' van het delict over de band van de 'redelijke wettoepassing' een niet-typische variant van strafbaarheid uit te sluiten. Waar Pompe meent dat Typizität *ad bonam partem* moet werken, ten gunste van de verdachte, gaat Kelk nog verder: 'Naar mijn oordeel zou de rechtsbeschermende werking eveneens moeten gelden ter zake van delicten die in het juridische en ook maatschappelijke verkeer een weliswaar ongeschreven doch in de praktijk wel degelijk algemeen bekende en geaccepteerde naam genieten waarmee een tamelijk uitgesproken beeld is verbonden'.²⁰⁰ Aldus redenerend vindt Kelk in het leerstuk van Typizität een goede toets om de reikwijdte van de delictsomschrijving in te perken.^{201, 202}

De Typizität werkt daarmee als een kwalificatieuitsluitingsgrond: het ten laste gelegde kan (immers) wel worden bewezen, maar wordt niet als zodanig gekwalificeerd. Voor de toepassing ervan kan daarom ook enige steun worden

computersysteem toegankelijk is voor buitenstaanders. Waarschijnlijk ligt hierin ook de grond waarom de Hoge Raad in zijn arrest van 12 maart 2013, NJ 2013/437, m.nt. N. Keijzer aanneemt dat een tongzoen (toch) geen verkrachting oplevert in de zin van art. 242 Sr ondanks dat alle bestanddelen van de delictsomschrijving vervuld zijn. De Hoge Raad komt daarmee terug komt op zijn eerdere opvatting ter zake. Overigens gebruiken wij de Typizität alleen ter inperking van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Men kan zich afvragen of de Hoge Raad deze modaliteit in HR 20 november 2001, NJ 2003/632, m.nt. R. de Lange & P.A.M. Mevis inzake mensenroof (art. 278 Sr) niet in strafbaarheidsuitbreidende zin gebruikt heeft. Dat lijkt ons niet wenselijk, maar verkenning van die variant gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

¹⁹⁹ C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 328-329. In Angelsaksische systemen wordt dit ook wel aangeduid als fair labelling.

²⁰⁰ C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 329-330.

²⁰¹ C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 108.

²⁰² In feite doet Typizität ook denken aan het door M.P. Vrij geïntroduceerde beginsel van subsocialiteit, maar dat begrip is te vaag voor de toepassing die ons voor ogen staat.

gevonden in recente jurisprudentie van de Hoge Raad inzake witwassen en het verspreiden van afbeeldingen van seksuele gedragingen met jeugdigen als bedoeld in art. 240b Sr.²⁰³ Zo meent de Hoge Raad dat in geval de verdachte het enkele ‘verwerven of voorhanden hebben’ van een voorwerp verweten wordt, dat afkomstig is van een door de verdachte zelf begaan misdrijf zonder dat sprake is van het verbergen of verhullen van de criminele afkomst van het voorwerp, er geen sprake is van het typische van witwassen dat, net als heling, een zekere mate van begunstiging (van een door een ander begaan misdrijf) in zich bergt. Ten aanzien van het verspreiden van seksuele afbeeldingen wijst de Hoge Raad erop dat de strafbepaling ook reeds volgens de wetgever niet het vrijwillig en risicoloos uitwisselen van beelden tussen leeftijdgenoten zou behoren te omvatten.

De Hoge Raad nam aldus voor deze specifieke situaties een op *Typizität* gelijkende kwalificatieuitzonderingsgrond aan voor bepaalde gedragingen die op zichzelf wel onder de delictsomschrijving vallen. In beide gevallen gaat het dan echter om situaties waarin de Hoge Raad meer of minder expliciet uit de wetsgeschiedenis afleidt dat de wetgever zelf heeft aangegeven dat de gedragingen niet strafbaar behoren te zijn.²⁰⁴ Daarvan is in ons geval geen sprake. Toch is het interessant om met het bovenstaande in het achterhoofd te kijken naar de gevallen van palliatieve sedatie die ‘naar de letter’ onder art. 293 lid 1 Sr vallen. Immers, aan de bestanddelen van die delictsomschrijving wordt, zoals we zagen, nogal eens voldaan omdat het opzet in strafrechtelijke zin nu eenmaal ook voorwaardelijk opzet includeert. Als een arts de gevolgen van zijn palliatief handelen willens en wetens op de koop toeneemt en daarbij aanvaardt dat de dood door zijn handelen eerder kan intreden dan zou zijn gebeurd zonder zijn handelen, dan wordt voldaan aan het opzet en zijn de bestanddelen van art. 293 lid 1 Sr vervuld. Kwalificatie als strafbare euthanasie ‘voelt’ echter, Kelks terminologie volgend, als een wat oneigenlijk geconstrueerde of geforceerde kwalificatie. Bij degene die de worsteling in de praktijk overziet, moet met ons het gevoel overheersen dat de delictsomschrijving voor een situatie als deze, namelijk het via het voorwaardelijk opzet aannemen van levensbeëindigend handelen bij palliatieve sedatie, niet geschre-

²⁰³ Zie respectievelijk HR 26 oktober 2010, NJ 2010/655, m.nt. N. Keijzer (witwassen) en HR 9 juli 2016, NJ 2016/257, m.nt. N. Rozemond (verspreiden van afbeeldingen van seksuele gedragingen met jeugdigen).

²⁰⁴ Bij witwassen deed hij dat (te) impliciet, waarop de wetgever (eenvoudig) witwassen als nog separaat strafbaar stelde.

ven is c.q. dat dergelijk handelen, in totaliteit en naar zijn strekking bekeken, niet onder art. 293 lid 1 Sr valt. Dat wordt veroorzaakt door het feit dat het 'delict' van een dergelijk palliatief handelen vanuit het artsenperspectief een andere gedraging wordt; we wezen er hiervoor op dat niet de levensbeëindiging voorop staat, maar dat dit het (aangewezen en medisch verantwoorde) *middel* is om het lijden van de patiënt te verhelpen. Dit artsenperspectief introduceert als het ware de Typizität. De opzettelijke levensbeëindiging in dergelijke gevallen van palliatieve sedatie, die, naar de letter en inhoud der afzonderlijke bestanddelen genomen, onder de delictsomschrijving van art. 293 lid 1 valt, zou in de 'Typizität' van het handelen van de arts, binnen de grenzen van medisch verantwoorde (definitie van) palliatieve sedatie, alsnog uitgesloten moeten (kunnen) worden van kwalificatie als strafbaar gedrag als zodanig. Echter, met de 'normale', gangbare juridische oplossingen komen we daar eigenlijk niet.

Het zou de kritische aanvullende werking van de Typizität kunnen zijn om de arts hier in bescherming te nemen door niet de tekst van de delictsomschrijving te overstrekken teneinde daarmee de arts reeds op het niveau van interpretatie van het delict uit te sluiten van strafbaarheid, maar om toch de *ratio legis* van het delict voldoende tot zijn recht te laten komen. Dan bestaan er dus gevallen van palliatieve sedatie die weliswaar onder de juridische definitie van euthanasie en onder de reikwijdte van art. 293 lid 1 Sr vallen, maar die vanwege de Typizität toch niet als zodanig gekwalificeerd (dienen of hoeven te) worden. De arts gebruikt 'euthanasie' in die situaties immers als middel om lijden te verlichten. Het voordeel van deze benadering is, dat zij alleen kan gelden als het handelen van de arts aldus binnen de kaders van verantwoorde palliatieve sedatie is gebleven, en dus niet in geval hij zijn handelen als palliatieve sedatie benoemt, maar daarmee eigenlijk handelen met het oogmerk om te doden verheimelijkt. Wanneer bijvoorbeeld en met name uit de gebruikte middelen/medicijnen kan blijken dat de bedoeling van de arts lijdensverlichting is, ook wanneer hij zich ervan bewust is dat zijn handelen tot levensverkorting leidt c.q. kan leiden, verzet de Typizität van het misdrijf van art. 293 Sr zich ertegen de handeling als euthanasie te bestraffen. En ja, dan zijn we eigenlijk, zij het met een omweg en buiten de geschreven bepalingen van het Wetboek van Strafrecht om, terug bij het voorstel van de Staatscommissie en de aanbevelingen in de eerste twee wetsevaluaties. Die voorstellen behelzen in feite de erkenning van die Typizität, zij het door middel van expliciete uitsluiting van strafrecht in het Wetboek van Strafrecht

zelf: codificatie van de Typizität voor alle gevallen van (medisch verantwoorde) palliatieve sedatie ‘over de grens’. De werking van Typizität schept de o.i. noodzakelijke helderheid en verantwoorde afbakening. Mocht de officier van justitie in een concrete zaak ‘desondanks’ tot vervolging overgaan, dan is in het strafrecht Typizität als modaliteit beschikbaar om in ultimo het handelen van de arts aan te toetsen. Wel zo belangrijk is dat daarmee niet alleen een materieelrechtelijke, adequate voorziening wordt getroffen voor gevallen van palliatieve sedatie die onder de juridische definitie van euthanasie vallen in het ‘ultieme’ geval van strafvervolging. Een expliciete afbakening van niet strafbaar handelen werpt immers zijn schaduwwerking vooruit naar een eventueel voorbereidend onderzoek, ja zelfs naar het toetsingsmechanisme van de Wtl. Niet strafbare gedragingen hoeven immers ook niet strafrechtelijk te worden onderzocht, althans niet verder dan nodig is om de niet-strafbaarheid aan te nemen. De door ons voorgestane explicatie van uitsluiting van strafbaarheid schept daarmee ook in die fase helderheid en verantwoorde afbakening.

4.8 Conclusie

In 2006 schreef Pans dat er naar verwachting met de KNMG-richtlijn in grote lijnen duidelijkheid zou komen over het grijze gebied tussen enerzijds euthanasie en anderzijds pijn- en symptoombestrijding in de laatste levensfase.²⁰⁵ Ruim tien jaar later kunnen we in ieder geval stellen dat het niet gemakkelijk is in één regel te formuleren wat beide handelwijzen inhouden, zodanig dat ook daadwerkelijk helder is hoe ze van elkaar afgebakend zijn. Men moet zich in allerlei bochten wringen om duidelijk te maken waarin het verschil precies zit. En ook met dat wringen in bochten zijn we er nog niet. Men zoekt afbakening aan de hand van drie aspecten: het feitelijke handelen van de arts, het opzet c.q. oogmerk van de arts bij dat handelen en de (vermoedelijk beperkte) levensverwachting van de patiënt in kwestie. Maar ook langs deze drie aspecten bezien, zijn er varianten van palliatieve sedatie waarbij de grens met euthanasie overschreden wordt: er is een handeling uitgevoerd die ogenschijnlijk palliatieve sedatie is, maar die in principe toch onder de delictsomschrijving van art. 293 lid 1 Sr valt. Dat schuilt vooral in het feit dat het juridisch opzet het voorwaardelijk opzet omvat; het willens en wetens

²⁰⁵ E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse Euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 66.

aanvaarden van de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans dat een gevolg intreedt. Dit maakt dat palliatieve sedatie in situaties waarin de arts zich bewust is van het feit dat door zijn handelen de dood van de patiënt sneller kan intreden, alhoewel dit niet het voornaamste doel van zijn handelen is, levensbeëindigend handelen met voorwaardelijk opzet is. Daarbij speelt mee dat het criterium van een levensverwachting van maximaal twee weken als voorwaarde om palliatieve sedatie te mogen starten, de zaken niet verheldert. Enerzijds bestaat onduidelijkheid over het daadwerkelijke effect van de handelingen op de duur van het leven van de patiënt. Anderzijds is het de vraag in hoeverre die termijn realistisch in te schatten is.

Er bestaat zodoende een grijs gebied tussen euthanasie als handelwijze buiten het normaal medische domein en palliatieve sedatie als normale medische handeling. De kern van het probleem lijkt echter niet zozeer te liggen bij het grijze gebied zelf, maar bij het feit dat de juridische indeling aan de hand van de klassieke leerstukken niet strookt met het medisch perspectief. Het antwoord op de vraag of men een grens overschreden acht, is afhankelijk van het perspectief waar vanuit gekeken wordt: medisch of juridisch. De zwart/wit afbakening die de regelgeving kent of althans suggereert, lijkt niet te passen bij het medische perspectief. Illustratief hiervoor is de uitspraak van de Rechtbank Breda in de zaak V. In de normale terminologie van het voorwaardelijk opzet zegt de rechter dat het in casu geen voorwaardelijk opzet was. Het is de vraag of dit juridisch gezien klopt, ondanks het feit dat de uitkomst van de rechtszaak (vrijspraak) begrijpelijk of in elk geval invoelbaar is. Daarmee ligt het probleem op tafel dat zelfs rechters kennelijk het idee hebben dat de juridische indeling niet strookt met de praktijk. Om het juridisch controlemechanisme optimaal te laten werken, is het noodzakelijk dat de juridische indeling van het medisch handelen aansluiting vindt bij de ervaringswereld van de arts. Dat door artsen en juristen blijkens het grijze gebied nog niet altijd dezelfde taal gesproken wordt, gaf ons reden te onderzoeken of er op dat punt mogelijkheden tot verbetering bestaan.

Er zijn pogingen gedaan, onder meer door de Staatscommissie, een oplossing te vinden voor de onduidelijke afbakening in dit grijze gebied. Deze oplossingen zijn echter niet gevolgd, terwijl er wel behoefte is aan een meer heldere afbakening. Naar ons oordeel introduceert het 'artsenperspectief', waarin het beëindigen van het lijden van de patiënt voorop staat met palliatieve sedatie of – in ultimo – euthanasie als *middel* daartoe, als het ware de juridische

modaliteit van de Typizität. Naar ons oordeel is de toepassing van deze modaliteit het meest aangewezen om het medisch en het juridisch perspectief op elkaar te doen aansluiten en verantwoord af te bakenen. Wanneer sprake is van voorwaardelijk opzet op het eerder doen intreden van de dood, maar de intentie is die van palliatieve sedatie, dan zou de rechter in geval van vervolging ondanks de bewezenverklaring kunnen bepalen dat het hier niet gaat om een geval waarvoor de wet bedoeld is. Daartoe kan het op langere termijn aangewezen zijn om met de Staatscommissie de vormen en gevallen van palliatieve sedatie 'over de grens' toch middels een uitdrukkelijke wettelijke bepaling van de reikwijdte van art. 293 lid 1 Sr uit te sluiten. Of dit ook de ultieme oplossing is, is niet gezegd. Het verleden laat in ieder geval zien dat de tot nu toe ondernomen pogingen om helderheid te scheppen in de afbakening tussen palliatieve sedatie en euthanasie nog niet geleid hebben tot een vruchtbare, voor alle betrokkenen adequate oplossing. Dat is sowieso een onwenselijke situatie; er bestaat een grijs (grens)gebied waarover artsen en juristen zich gezamenlijk dienen te buigen. Typizität kan naar ons oordeel helpen, juist omdat in dat model – paradoxaal gezegd – zaken nu juist niet alleen maar typisch juridisch of typisch medisch worden beschouwd.

De meldplicht van de arts

Een problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding²⁰⁶

Aan de bij euthanasie cruciale meldplicht van de arts wordt in zo'n 20% van de gevallen niet voldaan. Op z'n minst in een aantal daarvan is sprake van euthanasie in de zin van artikel 293 lid 1 Sr. Wij gaan na wat de oorzaken hiervan zijn. Vervolgens worden de plaats van de meldplicht in het juridische systeem en de strafbaarstelling van het niet melden geanalyseerd. De oplossing wordt niet gezocht in een aanpassing van juridische kwalificaties of controlemechanismen, maar in een overigens niet geheel vrijblijvende verbeterde toepassing van het bestaande juridische kader op basis van betere kennis bij alle betrokkenen.

5.1 Inleiding: de betekenis van de meldplicht in het strafrechtelijk controlemechanisme

In geval van euthanasie of hulp bij zelfdoding²⁰⁷ door een arts bestaat voor deze op grond van artikel 7 lid 2 van de Wet op de lijkbezorging (hierna: Wlb) de plicht om van dit handelen melding te maken bij de gemeentelijk lijk-schouwer.²⁰⁸ Die meldplicht is bijzonder omdat deze het eigen handelen van

²⁰⁶ Dit hoofdstuk is als artikel gepubliceerd: V.E. van de Wetering, A. van der Heide & P.A.M. Mevis, 'De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding', *DD* 2018/64. De tekst is inhoudelijk afgesloten in november 2018.

²⁰⁷ Waar wij in het vervolg spreken van euthanasie, geldt het gestelde *mutatis mutandis* ook in geval de arts hulp bij zelfdoding verleent.

²⁰⁸ Artikel 7 lid 2 Wlb luidt: 'Indien het overlijden het gevolg was van de toepassing van levens-

de arts betreft,²⁰⁹ en niet bijvoorbeeld een door de arts geconstateerde kindermishandeling waarvoor inmiddels ook een meldplicht bestaat. De meldplicht is voorts bijzonder omdat het melden van dit levensbeëindigend handelen een specifiek-normerend scharnierpunt in het recht vervult. Euthanasie is, zoals bekend, een misdrijf strafbaar gesteld in artikel 293 lid 1 Sr. Ook de arts vervult deze delictsomschrijving. We hebben te maken met een handeling die, hoewel verricht door een arts, toch valt buiten het normaal medisch domein en die daarom binnen het strafrecht wordt gecontroleerd. Dat sprake is van niet normaal medisch handelen is de reden voor de meldplicht. Voor de dicht er tegenaan liggende handeling palliatieve sedatie bestaat geen meldplicht omdat deze wel tot het domein van het normaal medisch handelen wordt gerekend. Ook onder de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl) uit 2002 is de formele classificatie van strafbaarheid van niet normaal medisch handelen onder artikel 293 lid 1 Sr behouden en daarmee de noodzaak van toetsing en controle achteraf of zich, als uitzondering op strafbaarheid, de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 293 lid 2 Sr voordoet.²¹⁰ De Wtl heeft wel de formele modaliteit van deze controle op een bijzondere wijze vorm gegeven; de toets loopt niet meteen via het OM maar, in eerste instantie, via de Regionale toetsingscommissies euthanasie (Rte). In geval van euthanasie wordt, in vervolg op de melding van de arts, in die toetsing onderzocht of de arts zich aan de zorgvuldigheidseisen, geformuleerd in artikel 2 lid 1 Wtl, heeft gehouden.

beëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding als bedoeld in artikel 293, tweede lid, onderscheidenlijk artikel 294, tweede lid, tweede volzin, van het Wetboek van Strafrecht, geeft de behandelende arts geen verklaring van overlijden af en doet hij van de oorzaak van dit overlijden onverwijld door invulling van een formulier mededeling aan de gemeentelijke lijkschouwer of een der gemeentelijke lijkschouwers. Bij de mededeling voegt de arts een beredeneerd verslag inzake de inachtneming van de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in artikel 2 van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding'.

²⁰⁹ Het gaat ons in deze bijdrage om de meldplicht als onderdeel van het mechanisme van controle in geval van euthanasie en niet om een verkenning van de eventueel met deze meldplicht verbonden 'nemo tenetur'-problematiek. Zie daarover recent M.S. Groenhuijsen en R. Jansen, 'De toetsing van politiegeweld en het nemo-teneturbeginsel', *DD* 2018/22.

²¹⁰ Dat had de wetgever ook anders kunnen doen, bijvoorbeeld op grond van de pleidooien van met name Enschedé om in meer gevallen van euthanasie wel normaal medisch handelen te zien dat daarom buiten het strafrecht blijft c.q. een natuurlijke dood oplevert in de zin van de Wlb (e.e.a. te controleren via het medisch tuchtrecht) en in dat kader de uitzondering op strafbaarheid te reguleren op basis van de medische exceptie. Een overzicht van de discussie vóór de Wtl is onder andere te vinden bij D.G. van Tol, *Grensgeschillen; een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. R.U. Groningen), Groningen: GrafiMedia 2005, in het bijzonder hoofdstuk 3.

Als dat het geval is, is de arts niet strafbaar vanwege de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 293 lid 2 Sr die inhoudelijk naar de eisen van de Wtl verwijst. De melding van de arts opent daarmee de weg naar zowel controle op zijn handelen als mogelijke straffeloosheid. Het melden van het eigen handelen door de arts is daarmee *conditio sine qua non* om in aanmerking te komen voor straffeloosheid op grond van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 293 lid 2 Sr. De voorwaarde dat de arts zelf mededeling heeft gedaan van zijn (in beginsel strafbaar) handelen staat niet in de Wtl, maar is als zelfstandige eis en voorwaarde opgenomen in artikel 293 lid 2 Sr. In verband met de transparantie van en controle op levensbeëindigend handelen is daarbij van belang dat het niet melden van het verrichten van levensbeëindigend handelen waar dat op grond van de Wlb wel verplicht is, de arts strafbaar kan doen zijn op grond van artikel 228 Sr (misdrijf) dan wel op grond van artikel 81 onder 1 jo. art. 7 Wlb (overtreding).

Met het bovenstaande is het belang van de meldplicht geschetst: het is een cruciaal onderdeel van het mechanisme dat transparantie en toetsbaarheid van euthanasie door een arts moet bevorderen/garanderen. Het Nederlandse systeem waarbinnen euthanasie geoorloofd wordt geacht, leunt daarmee op de veronderstelling dat er gemeld wordt opdat, daaropvolgend, toetsing plaats kan hebben. De vraag die daarmee rijst is of deze meldplicht als ingang naar controle op de euthanasiepraktijk zijn functie inderdaad vervult. Worden alle gevallen die moeten worden gemeld inderdaad door artsen gemeld? Zo nee, hoeveel en welke niet en waar ligt dat aan? En wat is de invloed van andere factoren en actoren in dit mechanisme, zoals de gemeentelijk lijkschouwer, het OM en de strafbedreiging van niet melden in de bovengenoemde strafbepalingen van artikel 228 Sr en artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb? Is de afbakening met gevallen van palliatieve sedatie (die, zoals gezegd, niet hoeven te worden gemeld) voldoende helder voor de arts om adequaat te kunnen beslissen of een melding aangewezen is en om hem eventueel een verwijt van niet-melden te kunnen maken? In dit artikel stellen wij deze aspecten van de meldplicht als onderdeel van het in het strafrecht vormgegeven mechanisme van controle centraal. Daarvoor zou geen aanleiding bestaan als alle gevallen van euthanasie steeds correct zouden worden gemeld en er voldoende duidelijkheid zou bestaan omtrent de afbakening met andere handwijzen rond het levenseinde die niet hoeven te worden gemeld, in het bijzonder palliatieve sedatie, terwijl in gevallen waarin ten onrechte niet wordt gemeld de strafbepalingen van artikelen 228 Sr en 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb

hun werking zouden hebben. Dan zou het systeem kloppen. Omdat dit niet het geval is, bespreken we hierna in paragraaf 2 eerst de beschikbare cijfers over het al dan niet melden van euthanasie. Vervolgens gaan wij in op verschillende juridische aspecten van het melden en de meldplicht, te beginnen met een verkenning van het melden van euthanasie als onderdeel van de wettelijke regeling in geval van niet-natuurlijk overlijden (paragraaf 3). Daarna belichten we in paragraaf 4 de strafbepalingen van de artikelen 228 Sr en 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb. Tegen deze achtergrond onderscheiden we in paragraaf 5 enige knelpunten en verkennen we mogelijke oplossingen.

5.2 Het melden in cijfers

In 1990 was op basis van het zgn. ‘Sterfgevallenonderzoek’²¹¹ uit dat jaar de schatting dat ongeveer 18% van het totaal aantal uitgevoerde gevallen van euthanasie²¹² en hulp bij zelfdoding werd gemeld, binnen de toen bestaande procedure van vóór de Wtl.²¹³ Blijkens het tweede Sterfgevallenonderzoek in 1995 was dit aantal inmiddels naar 41% gestegen, waarschijnlijk doordat meer duidelijkheid was ontstaan over de criteria waaraan de arts zich diende te houden om straffeloos te zijn, van welke duidelijkheid de bereidheid tot melden afhankelijk is.²¹⁴ Deze stijging hield aan: in 2001, na instelling van de Regionale toetsingscommissies, naar 54% en in 2005, na de inwerkingtreding van de Wtl in 2002, zelfs naar 80%. In 2010 bleek het meldingspercentage met 77% vrijwel gelijk aan dat gevonden in 2005.²¹⁵ Uit de meest recente wetsevaluatie van de Wtl blijkt dat het meldingspercentage in het jaar 2015 uitkomt op 82%, wederom een vrijwel gelijk percentage als in de jaren 2005 en 2010.²¹⁶

²¹¹ Het Sterfgevallenonderzoek is een onderzoek naar de frequentie van euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde, dat sinds 1990 elke vijf jaar uitgevoerd wordt. Sinds 2017 wordt het Sterfgevallenonderzoek niet meer apart gepubliceerd, maar maakt het onderdeel uit van de wetsevaluatie, en wordt het in hetzelfde rapport gepresenteerd.

²¹² Het Sterfgevallenonderzoek hanteert een eigen, enigszins van artikel 293 Sr afwijkende definitie van euthanasie: opzettelijke levensbeëindiging op uitdrukkelijk verzoek van de patiënt waarbij de arts het laatste middel toedient.

²¹³ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2007, p. 174.

²¹⁴ Zie de weergave in het Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 41.

²¹⁵ Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 41.

²¹⁶ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 180-183.

Uit deze cijfers blijkt dat het meldingspercentage sinds de inwerkingtreding van de Wtl flink is gestegen. Uit deze gestegen bereidheid tot melden spreekt het vertrouwen dat artsen hebben in de werking van de wettelijke regeling en het toetsingsmechanisme. Toch wordt er blijkens deze gegevens in ongeveer 20% van de gevallen door de arts geen melding gemaakt van het levensbeëindigend handelen. Ook andere bronnen duiden op een zekere ‘onderrapportage’. Zo vermeldt de gezamenlijke OM-KNMG Handreiking (Niet-) natuurlijke dood uit 2016: ‘Al jaren komen er signalen uit de praktijk dat behandelend artsen een verklaring van overlijden afgeven terwijl zij eigenlijk niet overtuigd zijn van een natuurlijke dood’.²¹⁷ Die vaststelling is niet onproblematisch. De meldplicht is zoals gezegd immers een essentieel element van het systeem waarbinnen euthanasie aanvaardbaar wordt geacht. Als melden ten onrechte achterwege blijft, is geen controle mogelijk, tenzij anderszins van het levensbeëindigend handelen blijkt, bijvoorbeeld door een aangifte van de familie. Dat maakt het van belang na te gaan *waarom* er niet wordt gemeld.

Uit de meest recente wetsevaluatie komt (opnieuw) naar voren dat het niet melden vooral te maken heeft met het niet herkennen van het handelen als handelen dat gemeld moet worden. Zo werd er blijkens dit onderzoek vooral niet gemeld wanneer de arts zelf de aanduiding ‘symptoombestrijding’ of ‘palliatieve of terminale sedatie’ de meest typerende en juiste kwalificatie vond voor zijn handelen. Qua patiëntkenmerken lijkt het daarbij meestal te gaan om patiënten met nog slechts een korte levensverwachting (een week of minder), om oudere patiënten dan bij gemelde euthanasie en om patiënten met een andere hoofddiagnose dan kanker. Dat doet vermoeden dat bij deze patiënten het oogmerk van het handelen van de arts rond het levenseinde vooral bestond in de intensivering van pijn- of symptoombestrijding.²¹⁸ Dat blijkt ook uit de gebruikte middelen: morfine of benzodiazepinen, en niet de reguliere euthanatica. Aldus gaat het hier om een categorie van gedragingen waarbij de arts middelen gebruikt waarmee doorgaans niet primair beoogd wordt het leven van de patiënt te beëindigen, maar waarbij hij zich er wel bewust van is dat dit het gevolg van zijn handelen kan zijn.²¹⁹ In termen van de wetsevaluatie:

²¹⁷ OM & KNMG Handreiking (Niet-) natuurlijke dood, januari 2016, p. 3. Deze handreiking is mede opgesteld door het Forensisch Medisch Genootschap (FMG) en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ).

²¹⁸ *Sterfgevallenonderzoek* 2010, p. 45.

²¹⁹ Strafrechtelijk raakt dit uiteraard aan de problematiek van het (voorwaardelijk) opzet, waarop wij verderop in deze bijdrage nader terugkomen. De exacte vraag die hierover aan de arts in het *Sterfgevallenonderzoek* werd gesteld, luidde: Was het overlijden het gevolg van het gebruik van een middel dat door u of een andere arts werd voorgeschreven, verstrekt of toegediend met het uitdrukkelijke doel het levenseinde te bespoedigen (of de patiënt in staat te stellen zelf het leven te beëindigen)? Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, bijlage E, p. 295.

‘Niet melden heeft dus met name te maken met het feit dat artsen niet alle gevallen herkennen als gevallen van euthanasie of hulp bij zelfdoding. Hierbij moet opgemerkt worden dat in deze gevallen sprake is van een grijs gebied.’²²⁰

Ook Van Tol²²¹ vond een categorie van gevallen waarin officieren van justitie van mening waren dat wel moest worden gemeld, maar artsen meenden dat die plicht in bepaalde gevallen niet bestond (natuurlijk overlijden). Zorgelijker is wellicht dat hij ook een categorie gevallen tegenkwam waarin artsen het overlijden herkennen als niet-natuurlijk, maar desondanks aangeven niet te melden.²²²

De meningen zijn verdeeld over het antwoord op de vervolgvraag of het binnen die 20% niet gemelde gevallen daadwerkelijk gaat om gevallen van actieve levensbeëindiging die onder de reikwijdte van artikel 293 Sr en de meldplicht vallen. Volgens Den Hartogh zijn er drie soorten euthanasie: met morfine, door sedatie en met reguliere euthanatica. Vanuit het medisch perspectief is voor hem te begrijpen dat alleen de laatste vorm, door middel van reguliere euthanatica, door artsen wordt benoemd en herkend (en dus gemeld) als euthanasie omdat de gebruikte middelen geen andere indicatie hebben dan het beëindigen van het leven: daartoe zijn deze middelen geselecteerd. De eerste twee vormen van euthanasie worden door artsen niet gemeld, omdat de gebruikte medicijnen primair worden ingezet om symptomen te verlichten. Den Hartogh kwalificeert alleen de laatste vorm als levensbeëindigend handelen. Hij komt op basis hiervan tot de conclusie dat het meldingspercentage voor euthanasie met reguliere euthanatica boven de 90% ligt.²²³

²²⁰ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 202.

²²¹ Van Tol, a.w., p. 155-156.

²²² De redenen voor het moedwillig achterwege laten van melding, hetgeen zoals hierna blijkt maar beperkt aan de orde lijkt, kunnen overigens heel verschillend zijn, bijvoorbeeld dat het de arts ontbreekt aan vertrouwen in het juridisch systeem, dat euthanasie vooral uit de wens van de patiënt of diens familie voortkwam, dat de arts geen tijd vrij wil maken voor de juridisch redelijk uitgebreide procedure die op zijn melding zal (kunnen) volgen, of omdat de arts twijfelt of hij met zijn handelen wel in aanmerking komt voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond uit artikel 293 lid 2 Sr jo. de WtL. Zie voor deze redenen de Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2012, p. 175. Maar misschien ook wel omdat de arts pas achteraf (de patiënt sterft acuut na pijnbestrijding met morfine), gaat twijfelen over de aard van zijn handelen.

²²³ G.A. den Hartogh, ‘Meldingspercentage van euthanasie kan niet meer stijgen’, *Medisch Contact* juni 2003. Zie Den Hartogh over de meldingsproblematiek ook in G.A. den Hartogh, ‘De

Griffiths deelt deze mening en betoogt dat artsen in het bijzonder ook bij het gebruik van morfine hun handeling niet als euthanasie zien, ondanks het feit dat zij wel aangeven dat morfine wordt ingezet met de bedoeling de patiënt sneller te laten sterven.²²⁴ Niet duidelijk wordt of het hier gaat om een primaire bedoeling of nevenbedoeling van de arts. In reactie op deze berekening laat Van Tol zien dat het niet melden door artsen inderdaad terug gaat op een kwalificatieprobleem met betrekking tot het eigen handelen,²²⁵ maar dat op basis daarvan een berekening van het percentage gevallen waarin naar de kwalificatie van de artsen gemeld moet worden en ook gemeld wordt, toentertijd nog niet te maken was.²²⁶ Wel zo interessant is dat ook het onderzoek van Van Tol laat zien dat er ook gevallen zijn waarin artsen niet melden, hoewel men zich er van bewust is dat de gedraging bij het levenseinde als te melden moet worden gekwalificeerd, of in elk geval dat artsen er zich van bewust zijn dat officieren van justitie zouden vinden dat dergelijke gevallen gemeld zouden moeten worden.²²⁷ In dit kader onderscheidt Van der Heide in haar oratie de ‘morfine-pluscategorie’, een categorie die wordt omschreven als ‘een grijs gebied van gevallen waarin de arts meer morfine geeft aan een stervende patiënt dan eigenlijk nodig is om symptomen te verlichten; en gevallen waarin ze morfine toedient met het doel het overlijden van een patiënt te bespoedigen’.²²⁸ In de wetsevaluatie van 2017 wordt bevestigd dat bij gebruik van morfine niet met zekerheid vast te stellen is of er daadwerkelijk van een levensverkortend effect sprake is geweest, en dat morfinedehandelingen (mede daardoor) een grijs gebied veroorzaken. Als aanbeveling is opgenomen overdosering van morfine met bespoediging van het levenseinde als doel te vermijden.²²⁹ De richtlijn Palliatieve sedatie sluit die handelwijze nadrukkelijk uit van de categorie van handelen die onder palliatieve sedatie begrepen moet worden, maar wat daar de consequenties van zijn, blijft onduidelijk; (juiste) categorisering van de handeling wordt dus eigenlijk bij de arts gelegd.

definitie van euthanasie in het onderzoek naar medische beslissingen bij het levenseinde’, *NJB* 2013/656, p. 798-805.

²²⁴ J. Griffiths, ‘Arts liegt niet over euthanasie’, *Medisch Contact* 62/11, maart 2007, p. 466-468.

²²⁵ Van Tol, a.w., ihb hoofdstuk 7.

²²⁶ Van Tol, a.w., p. 156. Dat kan thans dus wel, nu sinds het *Sterfgevallenonderzoek* 2005 aan de arts de vraag wordt gesteld hoe hij zijn eigen handelen kwalificeert.

²²⁷ Van Tol, a.w., p. 156.

²²⁸ A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood* (oratie Rotterdam), januari 2014, p. 12-13. Niet uit te sluiten is dat ‘Tuitjenhorn’ in deze categorie valt.

²²⁹ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 202, 249, 250.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat de categorie van 20% niet gemelde gevallen uit de derde wetsevaluatie van de Wtl ingewikkeld te duiden is. Er is niet altijd met zekerheid te stellen dat het gaat om gevallen van actieve levensbeëindiging waarvoor de meldplicht geldt. Het gaat hoogstwaarschijnlijk niet in alle gevallen van die 20% om onder artikel 293 lid 1 Sr vallende en dus in zoverre in beginsel strafbare en te toetsen handelingen. Binnen die groep zullen er gevallen zijn die ondubbelzinnig als levensbeëindigend handelen dienen te worden gekwalificeerd en dus hadden moeten worden gemeld, maar daarnaast zullen er ook gevallen bestaan waarbij het nog maar de vraag is in hoeverre dat het geval is. Het staat daarom niet vast dat de meldplicht ook daadwerkelijk voor alle gevallen van deze 20% geldt en ook niet in hoeverre de arts in deze gevallen eventueel een strafrechtelijk verwijt is te maken van het niet melden. Evengoed geldt dit voor de aanname van Den Hartogh en Griffiths: de twee andere vormen van euthanasie (met morfine en door sedatie) mogen dan door de arts niet als euthanasie worden herkend, juridisch kan wel degelijk van euthanasie in de zin van artikel 293 Sr sprake zijn, in het bijzonder vanwege het voorwaardelijk opzet op de dood, en in zoverre vallen deze gevallen onder omstandigheden ook binnen het grijze gebied. Mede daarom schatte Van Tol, uitgaande van alle gevallen die juridisch gezien waarschijnlijk gemeld moeten worden, het aantal gevallen dat gemeld werd aanzienlijk lager in. Hij berekent het percentage gemelde gevallen van het totaal dat juridisch gezien gemeld moet worden op 31%.²³⁰ Met andere woorden: bij een deel van de gevallen merken artsen hun levensbeëindigende handelingen aan als palliatieve sedatie, terwijl dat handelen juridisch gezien meer past bij de begripsomschrijving van euthanasie en dus als levensbeëindigend handelen zou moeten worden aangemerkt en moet worden gemeld. Het stelt daarbij dan enigszins gerust dat het bij de 20% niet-melden niet lijkt te gaan om het moedwillig en opzettelijk willen vermijden van controle op het levensbeëindigend handelen. Desalniettemin: moedwillig of niet, het passeren van deze grens heeft, zoals gezegd, nogal wat consequenties. Het melden ervan door de arts maakt de wettelijk voorziene controle mogelijk, is een *conditio sine qua non* om in aanmerking te komen voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 293 lid 2 Sr en is daarmee een essentieel onderdeel van het systeem waaronder euthanasie, verricht door een arts, toelaatbaar is. Het 'vals' opmaken van een verklaring van overlijden dan wel het niet melden kan het verstrekkende gevolg hebben van strafvervolgning op grond van arti-

²³⁰ Van Tol, a.w., p. 159.

kel 228 Sr dan wel – iets minder verstrekkend maar toch ook niet te onderschatten – artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb, strafbepalingen die – omgekeerd – beogen de naleving van de meldplicht in de gevallen waarin die geldt, te bevorderen. Onduidelijkheid over kwalificaties kan ook bij de toepassing van die strafbepalingen tot een zeker falen in het systeem rondom de meldplicht leiden; een strafbedreiging werkt immers niet als de norm niet duidelijk is. Wij komen hierna in paragraaf 4 op dit punt terug.

5.3 De meldplicht binnen de regeling in geval van (niet-) natuurlijk overlijden

Bij de verkenning van de vraag of de meldplicht zijn cruciale rol goed vervult c.q. kan vervullen is allereerst van belang de meldplicht in het grotere geheel van de regeling van niet-natuurlijk overlijden te bezien. Op grond van artikel 3 Wlb dient een lijk zo spoedig mogelijk na het overlijden door de behandelend arts of een gemeentelijk lijkschouwer te worden geschouwd. Wanneer de arts of de gemeentelijk lijkschouwer ervan overtuigd is dat het overlijden is ingetreden ten gevolge van een *natuurlijke* oorzaak, geeft hij de betreffende verklaring van overlijden af (artikel 7 lid 1 Wlb). Daarmee komt de bemoeienis van de Wlb ten einde. Naast deze categorie van natuurlijk overlijden kent de Wlb twee categorieën waarin de behandelend arts de gemeentelijk lijkschouwer op de hoogte moet stellen en dus van een verklaring van natuurlijk overlijden moet afzien. De eerste situatie die de Wlb expliciet noemt is het geval van euthanasie of hulp bij zelfdoding (artikel 7 lid 2 Wlb); de tweede betreft de andere gevallen van niet-natuurlijk overlijden die in artikel 7 lid 3 Wlb worden genoemd. Hoewel de wet die term niet kent, spreekt men in beide gevallen van een niet-natuurlijke dood.²³¹

²³¹ Dat ‘natuurlijk’ respectievelijk ‘niet-natuurlijk’ overlijden wordt in de wet verder dus niet nader gedefinieerd. Uit de OM&KNMG Handreiking (Niet-) natuurlijke dood van januari 2016 blijkt dat een natuurlijke dood ieder overlijden is dat uitsluitend het gevolg is van een spontane ziekte, inclusief een complicatie van een *lege artis* uitgevoerde medische behandeling (p. 4). Bij een overlijden als direct of indirect gevolg van een ongeval, geweld, een andere van buiten komende oorzaak, een misdrijf of zelfmoord moet men uitgaan van een niet-natuurlijke dood. De handreiking somt daarvan een aantal gevallen op: ongeval, verdrinking, verbranding, verstikking, verslikking, vergiftiging, overdosis drugs of medicijnen, zelfdoding, hulp bij zelfdoding, euthanasie, late zwangerschapsafbreking en overlijden ten gevolge van een strafbaar feit.

Ook in deze opzet van de Wlb komt daarmee tot uitdrukking dat euthanasie en hulp bij zelfdoding, ook in geval van handelen door een arts en anders dan Enschedé verdedigde²³² als een niet-natuurlijk dood wordt gezien en binnen de regels van de Wtl, getoetst wordt via de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel (294 lid 2 jo.) 293 lid 2 Sr. De veronderstelde (en gelukkig in veruit de meeste gevallen gevolgde) procedure is dat de arts na een levensbeëindiging op verzoek geen verklaring van (natuurlijk) overlijden afgeeft maar in plaats daarvan zijn handelen meldt aan de gemeentelijk lijkschouwer. Hij moet dus wel één van beide doen. Bij de melding aan de gemeentelijke lijkschouwer voegt de arts een beredeneerd verslag inzake de inachtneming van de zorgvuldigheidseisen uit artikel 2 lid 1 Wtl. De gemeentelijk lijkschouwer voert dan een uitwendige lijkschouw uit waarbij hij controleert hoe en met welke middelen het leven is beëindigd. Vervolgens stelt hij de burgerlijke stand en de officier van justitie op de hoogte van de niet-natuurlijke dood, ter verkrijging van een verklaring van geen bezwaar tegen begraven of cremen. De officier van justitie geeft het lijk daarna op enig moment 'vrij'. De gemeentelijk lijkschouwer zendt het door hem van de lijkschouw opgemaakte verslag aan één van de Regionale toetsingscommissies euthanasie.²³³ Ondertussen kan het lijk begraven of gecremeerd worden. De toetsingscommissie geeft vervolgens een oordeel over de vraag of het levensbeëindigend handelen van de arts voldoet aan de zorgvuldigheidsvereisten van de Wtl.

De strafprocesrechtelijke context van (controle op) euthanasie en hulp bij zelfdoding als niet-normaal medisch handelen, is daarmee in de Wlb 'vertaald' in de aanduiding dat bij deze gevallen geen sprake is van een natuurlijke dood. De melding daarvan leidt vervolgens tot lijkschouwing door de gemeentelijk lijkschouwer en de mogelijke verdere interventie van een Rte en daarna (eventueel) van het OM, ook als het levensbeëindigende handelen door een arts is verricht. Daarbij is het relevant te bedenken dat, zoals gezegd, de meldplicht van de arts geen onderdeel uitmaakt van de zorgvuldigheidseisen van de Wtl waaraan de toetsingscommissie toetst. Het is omgekeerd: de commissie toetst slechts gemelde zaken; het melden door de arts is als

²³² Zie Ch. J. Enschedé, 'De doodsbrieftjes', *NTvG* (1986), 130, nr. 31, p. 1411-1412 en van dezelfde auteur 'De verklaring van overlijden', *RM Themis* (1987) nr. 3 p. 108-119. Enschedé baseerde zijn standpunt o.a. op het feit dat artikel 293 Sr voor de Wtl sprak van 'van het leven beroven', een negatief beladen kwalificatie die hij meende niet bedoeld te zijn voor de naar medisch-ethisch inzicht juist handelende arts. Om dit argument weg te nemen spreekt artikel 293 lid 1 Sr sinds de Wtl terecht en neutraler van levensbeëindiging.

²³³ Zie voor deze procedure *Kamerstukken II 1998/99*, 26691, 3 (MvT), p. 5-6.

zelfstandig bestanddeel van de strafuitsluitingsgrond in artikel 293 lid 2 Sr geformuleerd.

De behandelend arts dient bij het afgeven van een verklaring van overlijden *de overtuiging* te hebben dat de dood is ingetreden ten gevolge van een natuurlijke doodsoorzaak. Deze overtuiging is een overtuiging ‘per exclusio-nem’: een beredeneerde conclusie op grond van kennis en onderzoek naar de feiten en omstandigheden.²³⁴ Indien enige twijfel bestaat over de doodsoorzaak, dient de behandelend arts melding te maken van een niet-natuurlijke dood; een verklaring van overlijden blijft dan achterwege. In principe zou deze twijfel bij euthanasiegevallen niet moeten bestaan, nu de Wlb voorschrijft dat deze gevallen hoe dan ook moeten worden gemeld. Maar daarmee zijn we ook onder de Wlb weer bij een veronderstelde, zich idealiter voordoende gang van zaken waarin als niet-natuurlijk overlijden gemeld wordt hetgeen daaraan voorafgaand herkend kon worden als niet-natuurlijk overlijden (althans als geval waarin de vereiste *overtuiging* van natuurlijk overlijden ontbreekt), en dus van het afgeven van de verklaring van (natuurlijk) overlijden wordt afgezien. Dit moment van (juiste) herkenning gaat aan de meldplicht vooraf. Ten aanzien van het goed functioneren van die meldflip als cruciaal onderdeel van de Wtl en strafrechtregeling, zijn dan enige nadere aspecten problematisch.

Wlb is in strafrechtelijke kwalificaties gesteld

Terugkoppeland naar de in paragraaf 2 belichte problematiek rondom de meldplicht is ten eerste van belang dat de geschetste wettelijke regeling van de Wlb de uit de cijfers blijken de problematiek eerder vergroot dan verkleint, en in elk geval niet wegneemt. De cijfers suggereren immers vooral dat geen duidelijkheid bestaat voor de arts *of* hij zijn handelen moet melden. Artikel 7 lid 2 Wlb is er op zichzelf duidelijk over dat euthanasie en hulp bij zelfdoding moeten worden gemeld.²³⁵ Het probleem is echter dat artikel 7 lid 2 Wlb geformuleerd is in termen van de strafwet: gevallen van artikel 293 lid 2 en

²³⁴ OM&KNMG Handreiking (Niet-)natuurlijke dood, januari 2016, p. 4.

²³⁵ Vgl. van voor de Wtl HR 15 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0098, NJ 1988, 811, m. nt. G.J.M. Corstens: “De geneeskundige, die de delictomschrijving van art. 293 Sr vervult, veroorzaakt de dood van de patiënt. Alsdan kan niet gezegd worden dat de dood is ingetreden ten gevolge van een natuurlijke oorzaak als bedoeld in art. 29p lid 2 Wet op de lijkbezorging.” Dat er sprake is van handelen in noodtoestand dan wel van een onafwendbaar aanstaand overlijden, maakt dit niet anders. Zie eerder Hof’s-Gravenhage 2 april 1987, ECLI:NL:GHSGR:1987:AB7973, NJ 1987/756.

294 lid 2, eerste volzin, Sr moeten worden gemeld. Zulks terwijl een deel van de problematiek van onduidelijkheid in het grijze gebied er nu juist in schuilt dat de arts zijn handelen niet in termen van die delictsomschrijvingen herkent of – om een strafrechtelijke term te gebruiken – niet als zodanig kwalificeert (soms bewust, soms niet), en hij daarom een verklaring van (natuurlijk) overlijden afgeeft. Die problematiek speelt daarmee in de Wlb door. Duidelijk is wel dat de arts tot dat laatste alleen mag overgaan als hij *overtuigd* is van een natuurlijke dood. Bij twijfel of niet toch de grens van euthanasie in strafrechtelijke zin overschreden is, bijvoorbeeld indien het gebruik van een bepaald medicijn of van een bepaalde dosis medicijnen op zichzelf niet gekozen is om de dood te doen intreden (de arts sedeert met een zeer hoge dosis) maar dit wel gevolgd is door de onmiddellijke of snelle dood van de patiënt, zal de arts dus niet snel *overtuigd* kunnen zijn van een natuurlijke doodsoorzaak. In dat geval dient de arts – volgens de regels – het afgeven van een verklaring van (natuurlijk) overlijden achterwege te laten en de gemeentelijk lijkschouwer te informeren, die eventueel de Regionale toetsingscommissie euthanasie kan inschakelen. Met dit mechanisme lijkt, aldus beschreven, dan toch iets van de (classificatie)problematiek van het melden in het grijze gebied te worden weggenomen. Er geldt immers: bij twijfel melden; desnoods alsnog melden. Maar dat zal een arts niet steeds zo ervaren. Bovendien vragen twee aspecten enige nadere aandacht, die het beeld toch weer wat verder versommen.

Kritiek op de kwaliteit en werkwijze van lijkschouwers

Als de arts een verklaring van natuurlijk overlijden afgeeft, komt er aan het concrete overlijden geen gemeentelijk lijkschouwer te pas, ook niet indien die verklaring ten onrechte is afgegeven. In het systeem van de Wlb fungeert de lijkschouwer dus niet als controleur van de arts of er door deze laatste mogelijk ten onrechte een verklaring van (natuurlijk) overlijden is afgegeven.²³⁶ Dat is anders in geval de arts, al is het maar omdat hij twijfelt over de juiste (juridische) kwalificatie van zijn handelen bij het levenseinde, geen verklaring van natuurlijk overlijden afgeeft maar van zijn handelen melding maakt bij de gemeentelijk lijkschouwer van wie hij, naar ons dunkt terecht, wel een juiste juridische kwalificatie mag verwachten. Dan voert de gemeentelijk lijkschouwer wel een lijkschouw uit. Het is voor die situatie niet slechts theorie

²³⁶ “Zodra de arts, die de dood vaststelt, een verklaring invult, dat hij overtuigd is van een natuurlijke dood, komt er niemand meer aan dat sterfgeval te pas. Controle op de juistheid van deze verklaringen vindt niet plaats” (uit: *Kamerstukken II* 1983/84, 18331, 3 (MvT), p. 18-19).

om vast te stellen dat niet is uit te sluiten dat de gemeentelijk lijkschouwer vervolgens onterecht tot de conclusie komt dat sprake is van een natuurlijk overlijden. In dat kader is de kritiek van Das en Duijst relevant, die betogen dat niet-natuurlijk overlijden vaak niet wordt herkend door lijkschouwers en dat als gevolg hiervan regelmatig ten onrechte een verklaring van natuurlijk overlijden wordt afgegeven.²³⁷ Uit de tweede wetsevaluatie van de Wtl blijkt dat lijkschouwers hun rol zelf meer als formaliteit zien, en dat de schouwing ter plaatse niet eens altijd plaatsvindt.²³⁸ Verder komt uit het NFI-rapport ‘De lijkschouw en sectie beschouwd’ naar voren dat de kwaliteitseisen die worden gesteld aan de lijkschouw niet of nauwelijks zijn geformuleerd, waardoor het uitoefenen van controle op de lijkschouw moeilijk wordt, terwijl het systeem van de lijkschouw staat of valt met de kwaliteit hiervan.²³⁹ Een FMG-richtlijn lijkschouw bij euthanasie laat, hoewel aangekondigd, nog op zich wachten.²⁴⁰ Als deze kritiek inderdaad gevallen omvat waarin de gemeentelijk lijkschouwer, bijvoorbeeld gelet op de gebruikte medicijnen, ten onrechte van een natuurlijke doodsoorzaak uitgaat in plaats van de zaak naar de Regionale toetsingscommissie door te zenden, functioneert ook op dit punt de toets – ditmaal door de lijkschouwer in plaats van door de arts – niet als waarborg dat al die zaken bij de toetsingscommissie terecht komen die daar thuis horen.

Competentie Rte's

Uitgaande van onduidelijkheid bij artsen over de gevallen waarin het handelen, op de grens van palliatieve sedatie en euthanasie al dan niet moet worden gemeld, zou men kunnen denken dat, om onduidelijkheden weg te nemen, het aangewezen kan zijn dat gevallen van palliatieve sedatie die wellicht niet hoeven te worden gemeld en getoetst, voor de zekerheid toch gemeld c.q. naar de toetsingscommissie euthanasie worden doorgeleid om te zorgen dat er geen gevallen die wel moeten worden gemeld en getoetst als

²³⁷ C. Das en W.L.J.M. Duijst, ‘Veel lijkschouwers ondeskundig’, *Medisch Contact* januari 2007, 62, nr. 4: “De controle door de gemeentelijk lijkschouwer op onduidelijke of verdachte sterfgevallen verwordt hierdoor tot een wettelijke regeling zonder inhoud.”

²³⁸ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2012, p. 182. Blijkens dit onderzoek ervaren de artsen zelf de rol van de gemeentelijk lijkschouwer bij de procedure rond melding en toetsing van levensbeëindigend handelen op verzoek over het algemeen als neutraal tot positief: Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 14, 190.

²³⁹ Rapport ‘De lijkschouw en sectie beschouwd’, NFI november 2016, p. 5.

²⁴⁰ De FMG-Richtlijn Forensische Geneeskunde Lijkschouw, herziene versie van april 2016, p. 2 vermeldt ten onrechte dat er al een richtlijn voor lijkschouw bij euthanasie is opgesteld.

het ware buiten de boot vallen. Gezien de aard van de materie (levensbeëindigend handelen) zou het motto kunnen zijn: 'liever (te veel) melden/toetsen waar dat niet nodig is, dan niet melden waar dat verplicht is'. Zo trof Van Tol in zijn onderzoek inderdaad een kleine categorie gevallen aan waarin artsen en officieren van justitie weliswaar meenden dat sprake was van een natuurlijke dood, maar dat het naar het oordeel van de respondenten zozeer ging om een twijfelgeval dat zij melding aangewezen achtten. Die mogelijkheid van melden en toetsen in geval van twijfel blijkt in de praktijk onder de Wtl niet te bestaan. Er is voor zover wij hebben kunnen nagaan, slechts één zaak ooit kennelijk uit voorzorg toch maar voorgelegd aan een Rte waarin het feitelijk gezien ging om palliatieve sedatie, dat wil zeggen dat de handelingen, de gebruikte medicatie en de hoeveelheid daarvan vielen binnen de in de KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie genoemde voorwaarden.²⁴¹ Bij de arts bestond kennelijk toch twijfel over de juridische status van zijn handelen. De arts meldde zijn handelen daarom aan de gemeentelijk lijkschouwer als een geval van een niet-natuurlijke dood als gevolg van levensbeëindiging op verzoek en de zaak werd aan de toetsingscommissie voorgelegd. De Rte kwam tot het oordeel dat in casu sprake was van terminale sedatie. Met de vaststelling dat het normaal medisch handelen betrof en de conclusie dat in zo'n situatie geen melding op grond van artikel 7 lid 1 Wlb noodzakelijk was, kwam de commissie aan verdere beoordeling van de zorgvuldigheidseisen niet toe. In de concrete zaak is hiermee de onduidelijkheid die de arts aanzette te melden, alsnog weggenomen.²⁴² Door deze handelwijze zou het melden in vergelijkbare gevallen kunnen worden gestimuleerd. Het is eigenlijk opvallend dat, gegeven de gesignaleerde problematiek van onduidelijkheid van kwalificatie, tot op heden slechts één twijfelgeval is gemeld, te meer nu alleen bij aanwezigheid van *overtuiging* van een natuurlijke dood (en dus van afwezigheid van een gedraging die onder artikel 293 of 294 Sr valt) een verklaring van natuurlijk overlijden mag worden afgegeven.

Richtlijn betreffende de werkwijze van de Regionale toetsingscommissies euthanasie

Op dit punt vraagt de ietwat verouderde maar nog steeds geldende richtlijn betreffende de werkwijze van de Regionale toetsingscommissies euthana-

²⁴¹ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 39 e.v.

²⁴² Regionale toetsingscommissies euthanasie, Jaarverslag 2005, p. 8. De beslissing is niet gepubliceerd omdat de Rte niet toekwam aan toetsing.

sie²⁴³ de aandacht. Daarin wordt ten aanzien van de competentie op zichzelf terecht opgemerkt dat een Rte-toets niet aangewezen is indien het een situatie betreft aangaande normaal medisch handelen (palliatieve sedatie). Maar daarbij wordt tegelijk opgemerkt dat de Rte – naar haar oordeel – ook geen bemoeienis heeft met *‘een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van een behandeling, die noodzakelijk is voor, en naar haar aard rechtstreeks is afgestemd op het verlichten van ernstig lijden van de patiënt.’* De toetsingscommissie zegt hier met zoveel woorden dat pijnbestrijding met voorwaardelijk opzet op het doden niet valt onder euthanasie en dus ook niet door de arts op grond van artikel 7 lid 2 Wlb als niet-natuurlijk overlijden hoeft te worden gemeld. Men definieert daarmee een deel van het grijze gebied, en wel een deel dat onder de Wtl valt, ten onrechte onder de eigen bevoegdheid uit. Dit onderdeel van deze richtlijn dat mogelijk aansluit bij de beleving van de arts zet desondanks de meldplicht de facto buiten spel voor gevallen waarin zij juist wel van toepassing is! Zo geformuleerd brengt dat aspect ons bij de meldplicht in verband met de consequenties van niet melden. Ook dat aspect van de meldplicht blijkt niet onproblematisch.

5.4 Consequentie van het niet naleven van de meldplicht

Onder omstandigheden bestaat dus een meldplicht voor de arts. Het niet naleven daarvan wordt strafrechtelijk gesanctioneerd, maar de precieze afbakening van gevallen die moeten worden gemeld is in zo’n 20% van de gevallen onduidelijk. Toch zal, in geval van strafvervolgning ter zake van het niet melden aan de arts daarvan een verwijt moeten kunnen worden gemaakt. Hoe zit het dan met deze andere kant van de meldplicht; de strafbaarheid van niet melden waar dat wel moet?

Artikel 228 Sr en de rechtspraak ter zake

De arts die onterecht geen melding maakt van zijn levensbeëindigend handelen maar een verklaring van natuurlijk overlijden afgeeft en hiermee aangeeft dat naar zijn overtuiging sprake is van natuurlijk overlijden, geraakt binnen de reikwijdte van het misdrijf van artikel 228 Sr.²⁴⁴ Het opzettelijk af-

²⁴³ Richtlijnen betreffende de werkwijze van de Regionale toetsingscommissies euthanasie, november 2006.

²⁴⁴ Vlg. Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 3 bij art. 229, bewerkt door Hofstee, suppl. 170 (februari 2017) zou een arts ook onder artikel 229 Sr kunnen vallen. Met Simons menen wij dat

geven van een valse verklaring van overlijden is daarin als een misdrijf aangemerkt dat wordt bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie. In een culpose variant is niet voorzien. Het opzet omvat ook het voorwaardelijk opzet. Het feit dat de arts meent dat aan de eisen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van het tweede lid van artikel 293 Sr jo. de Wtl voldaan is, of dat hij (vóór de Wtl) meende in noodtoestand te handelen, doet daarbij aan de meldplicht niet af; er moet immers worden gemeld *opdat* wordt gecontroleerd of zich de situatie van straffeloosheid voordoet.²⁴⁵

In de loop der jaren zijn in diverse rechtszaken rondom het afgeven van een valse geneeskundige verklaring uitspraken gedaan. Pans heeft onderzoek verricht naar de lijn in de rechtspraak hieromtrent.²⁴⁶ Wat de reden ook mocht zijn voor het niet melden (voorbij kwamen onder andere het bewerkstelligen dat een verzekeringsmaatschappij uitkeert, de goede naam van een krankzinnigengesticht hoog houden en het ter wille zijn van de familie), de rechter hanteert een strikte uitleg van het verbod uit artikel 228 Sr. De jurisprudentie laat sinds de 19^e eeuw een eenduidig beeld zien: het ten onrechte invullen van een verklaring van natuurlijk overlijden is onder geen beding geoorloofd en wordt consequent vervolgd en bestraft.²⁴⁷ In een zaak uit 2004²⁴⁸ beëindigde een arts het leven van een comateuze, 84-jarige, stervende patiënte, zonder verzoek van deze laatste. Aan de arts werd moord ten laste gelegd alsmede het als arts opzettelijk afgeven van een valse verklaring nopens een oorzaak

uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat artikel 229 alleen bedoeld is voor degene die zich ten onrechte voor een geneeskundige uitgeeft. Vgl. D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht*, tweede deel, tweede druk, Noordhoff, Groningen 191, p. 252. Vgl. Smidt II, p. 263-264, waaruit blijkt dat de woorden 'schriftelijke verklaring van een geneeskundige' uit het oorspronkelijk ontwerp gewijzigd is in 'schriftelijke geneeskundige verklaring' om niet de indruk te wekken dat iemand die geen geneeskundige is een verklaring van een geneeskundige valselijk zou kunnen opmaken.

²⁴⁵ Zie het hiervoor aangehaalde arrest HR 15 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0098, NJ 1988, 811, m. nt. G.J.M. Corstens.

²⁴⁶ E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse Euthanasierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 26-27.

²⁴⁷ Een beroep op een (eventuele) schending van het nemo-teneturbeginsel als rechtvaardiging voor niet-melden werd door de Hoge Raad in HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3796, NJ 2000, 216, m. nt. T.M. Schalken afgewezen. De Hoge Raad benadrukte dat de vraag naar de strafbaarheid onder artikel 228 Sr 'geheel los (staat) van de in het kader van het verweer door de verdediging opgeworpen vraag of de arts, die na een levensbeëindigende handeling een verklaring van overlijden van deze strekking afgeeft, verplicht zou worden mee te werken aan zijn eigen veroordeling'.

²⁴⁸ HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1493, NJ 2005, 217, m. nt. Y. Buruma.

van overlijden. Hof en Hoge Raad gingen niet mee met verdachte's etikettering van zijn handelen als 'ultieme sedatie' en daarmee als natuurlijke dood. Beide rechtscollages oordeelden dat de arts de patiënt morfine en 5 ampullen Alloferine had toegediend, in deze hoeveelheid bedoeld om de dood van de patiënt te bewerkstelligen. De dood trad enkele minuten na toediening ook in. Daaruit kon ook het voor veroordeling ter zake van artikel 228 Sr vereiste (bewijs van) opzet van de arts blijken.

Artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 lid 2 Wlb

Wanneer bij de arts geen opzet op het nalaten van melden bewezen kan worden, kan hij strafbaar zijn op grond van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 van de Wlb. Dit artikel 81 Wlb bepaalt dat, naast het overtreden van art. 7 lid 1 Wlb, ook het overtreden van artikel 7 lid 2 Wlb (het niet onverwijld meedelen van de oorzaak van het overlijden na toepassing van levensbeëindiging op verzoek) als overtreding wordt bestraft met hechtenis van ten hoogste één maand of geldboete van de tweede categorie.

Over de toepassing van de strafbepaling van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 lid 2 Wlb is minder bekend. De huidige strafbepaling is ingevoerd bij de Wtl. De wetgever ging er daarbij vanuit dat het opzettelijk achterwege laten van de in artikel 7 lid 2 Wlb bedoelde melding door het afgeven van een (valse) verklaring van natuurlijk overlijden strafbaar was en bleef onder artikel 228 Sr. De wetgever wilde daaraan toevoegen de strafbaarheid van het bij die melding achterwege laten van het beredeneerde verslag over het in acht nemen van de zorgvuldigheids-eisen (artikel 7 lid 2, laatste volzin, Wlb).²⁴⁹ Daarvoor vond hij een lichte strafbepaling (overtreding) voldoende.²⁵⁰ Enerzijds wordt daarmee straf, ook vrijheidsstraf, gesteld op een wel heel licht vergrijp, hetgeen anderzijds het belang van het correct en volledig melden accentueert. Belangrijker is dat de reikwijdte van de delictsomschrijving van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 lid 2 Wlb toch ook het niet melden van de levensbeëindiging omvat.²⁵¹ Alleen betreft overtreding van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7

²⁴⁹ "Het in strijd met het bepaalde in artikel 7, tweede lid, achterwege laten van de mededeling dat het overlijden het gevolg was van de toepassing van levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding, zal in de praktijk samengaan met het ten onrechte afgeven van een verklaring van overlijden, hetgeen, zoals opgemerkt, als misdrijf is strafbaar gesteld in artikel 228 WvS." : *Kamerstukken II*, 1998/99, 26691, 3 (MvT), p. 20.

²⁵⁰ *Kamerstukken II*, 1998/99, 26691, 3 (MvT), p. 20.

²⁵¹ "Het handelen in strijd met het bepaalde in artikel 7, eerste lid, is voorts als overtreding strafbaar gesteld in artikel 81, eerste onderdeel, van de Wet op de lijkbezorging": *Kamerstukken*

Wlb de niet-opzettelijke variant, welke variant, gegeven de hiervoor in paragraaf 2 geschetste ‘kwalificatie’problematiek, extra van belang is. In de gepubliceerde jurisprudentie is (desondanks) geen toepassing van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 lid 2 Wlb te vinden, al is er wel één significante zaak geweest²⁵² waarin de arts meende dat hij, ‘geconfronteerd’ met artikel 7 lid 2 Wlb, in een conflict van plichten kwam te verkeren tussen het verstrekken van een beredeneerd verslag en zijn beroepsgeheim. Hij meldde wel, maar maakte een zodanig summier verslag dat van een ‘beredeneerd verslag’ geen sprake was. Het OM zag in het enkele feit dat de arts de situatie rechte in-middels was uitgelegd en het herhalingsrisico daarmee was verminderd, op zichzelf geen reden om van strafvervolgning af te zien. Maar de zaak was in-middels verjaard: bij overtredingen is de ‘korte’ verjaringstermijn van drie jaren een zelfstandige normering van de noodzaak voortvarend te beslissen in zaken die, zoals de hier genoemde, ook door de Rte zijn beoordeeld en daarbij als onzorgvuldig zijn aangemerkt.

Strafbaarheid in het grijze gebied?

Terug naar artikel 228 Sr: de zaken waarin een arts ter zake werd vervolgd zijn veelal gevallen waarin betrekkelijk duidelijk is dat de arts er een verwijt van kan worden gemaakt dat hij, in termen van artikel 7 lid 1 Wlb, niet overtuigd kon zijn van een natuurlijke dood en dus de betreffende verklaring niet had mogen afleggen en hij in zoverre in termen van artikel 228 Sr (opzettelijk) een valse verklaring van (natuurlijk) overlijden heeft afgegeven. Zoals uit het bovenstaande blijkt, moeten we er echter van uitgaan dat er ook situaties zijn waarin het voor de arts onduidelijk is of moet worden gemeld. Zelfs binnen het besef dat de verklaring van natuurlijk overlijden alleen afgegeven mag worden als de arts *overtuigd* is van een natuurlijke doodsoorzaak, is ook duidelijk dat niet in alle gevallen de arts van de bestaande onduidelijkheid en dan dus eventueel ook van het niet-melden, onmiddellijk een verwijt van verzwijgen, van verheimelijken, van opzettelijk vermijden van controle op zijn niet-medisch handelen kan worden gemaakt. Dat kan voor artikel 228 Sr consequenties hebben voor het te bewijzen opzet. Immers, artikel 228 Sr eist bewijs van opzet op de valsheid van de verklaring. Bij verontschuldigbare dwaling ten aanzien van de valsheid kan dit (voorwaardelijk) opzet niet worden bewezen. Concreet: als onvoldoende duidelijk is dat een geval van pallia-

II, 1998/99, 26691, 3 (MvT), p. 20.

²⁵² Zie Jaarverslag 2014 van de Regionale toetsingscommissies euthanasie, p. 76-78 (casus 2013-19).

tieve sedatie met voorwaardelijk opzet onder euthanasie valt, dan valt de arts niet altijd een verwijt te maken van het feit dat hij bij die situatie een verklaring van een natuurlijke dood afgeeft. Strafrechtelijke handhaving van de meldplicht op grond van artikel 228 Sr is dan niet aangewezen, al moet het wel zo zijn dat de arts daartoe, zoals gezegd, naar de bewoordingen van artikel 7 lid 1 Wlb, van die natuurlijke dood overtuigd moet zijn geweest.

Voor de overtreding van de strafbepaling van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb is het bewijs van opzet op de valsheid van de inhoud van de afgegeven verklaring c.q. voor het ten onrechte achterwege laten van de melding weliswaar niet nodig, maar als elk verwijt aan de arts van het niet melden wegvalt, is ook hier strafbaarheid uitgesloten (AVAS). Bij de vraag of een gebrek aan juridische kennis bij de arts verschoonbaar is, is nog van belang dat men kan twijfelen of het gaat om een feitelijke dwaling of rechtsdwaling. Het gaat om een normatieve inschatting over het antwoord op de vraag welke regeling van toepassing is (wel of geen natuurlijke dood), maar die normatieve inschatting is door de wetgever uitdrukkelijk overgelaten aan iemand die ter zake wordt geacht voldoende deskundig te zijn. Het voor rechtsdwaling normaliter geldende vereiste dat de arts een andere bron met voldoende gezag moet raadplegen om legitiem c.q. verontschuldigbaar te dwalen omtrent het recht, past hier niet omdat juist de arts bij uitstek deskundig is die afweging te maken. Sowieso kan een te gemakkelijk verwijt, hoezeer juridisch ook correct, dat niet of niet voldoende aansluit bij de belevingswereld van de arts, de bereidheid tot melden ook onder druk zetten.

Hoe dit ook zij: de strafbaarstelling van artikel 228 Sr of artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb werkt niet wanneer de normering in aansluiting op de praktijk zodanig onduidelijk is, dat een arts er niet snel een verwijt van kan worden gemaakt dat hij heeft nagelaten te melden in gevallen waarin dat wel moest. En daarmee ontstaat wel een probleem, want zo blijft een aantal gevallen van levensbeëindigend handelen buiten melding; de van de strafbaarstelling uitgaande dreiging en drang te melden, heeft geen werking. In feite kent het grijze gebied rondom het niet herkennen van handelen als euthanasie daarmee twee zijdes. Enerzijds meldt de arts niet dus treedt het normale systeem van de Wtl feitelijk gezien niet in werking. Anderzijds gaat het strafrechtelijk verwijt van het invullen van een valse verklaring van overlijden c.q. van het niet melden van euthanasie niet op, omdat de arts het opzet op het vals invullen van de verklaring van overlijden mist (artikel 228 Sr), dan wel omdat

er sprake kan zijn van afwezigheid van alle schuld (artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb).

5.5 Knelpunten en oplossingen

De tot dusver geanalyseerde situatie kan als volgt worden weergegeven. We benadrukken als uitgangspunt dat in de meeste gevallen de arts de aard van zijn handelen bij het levenseinde onderkent en juist kwalificeert en dat handelen meldt indien het gaat om een niet-natuurlijke dood. Omdat de behandelend arts niet is overtuigd van een natuurlijke doodsoorzaak, geeft hij geen verklaring van natuurlijk overlijden af, maar doet hij melding bij de gemeentelijk lijkschouwer. Deze moet vervolgens de doodsoorzaak van de patiënt vaststellen en, in geval van levensbeëindiging op verzoek, melden (met het beredeneerd verslag van de arts) bij een Rte. Dit is de ‘ideale’ situatie. De status van het handelen van de arts is helder en hij doet wat van hem wordt verwacht, waardoor externe toetsing van zijn handelen kan plaatsvinden en de in artikel 293 lid 2 Sr jo. de Wtl geformuleerde weg naar mogelijke straffeloosheid kan worden bewandeld. Dat deze situatie zich in de meeste gevallen van euthanasie voordoet, illustreert dat de modaliteit van een meldplicht voor de arts als opening van de weg naar mogelijke straffeloosheid, maar wel na adequate toets door de Rte, in de procedure rondom levensbeëindigende handelingen in verreweg de meeste gevallen van euthanasie ‘werkt’. Dat geldt dan ook voor het aspect dat het hele controlemechanisme leunt op de veronderstelde verantwoordelijkheid van de arts om zijn handelen inderdaad zelf te melden (en een verklaring van natuurlijk overlijden achterwege te laten) en daarmee transparant te maken. Kennelijk zijn artsen daartoe in de meeste gevallen in staat en bereid. Dat is op zichzelf bemoedigend en er is in dat opzicht geen aanleiding de bakens op dit punt fundamenteel te verzetten.

Maar het neemt de aarzelingen voor andere gevallen niet weg. Het lijkt ons niet wenselijk dat in de volgende evaluatie van de Wtl in 2022 c.q. in het volgende *Sterfgevallenonderzoek* opnieuw wordt geconstateerd dat zo’n 20% van de gevallen niet wordt gemeld waar dat wellicht wel had gemoeten. En zulks dan opnieuw onder de berustende constatering dat artsen en juristen nu eenmaal een verschillende, zij het elk voor zichzelf legitieme, kwalificatie voor bepaald handelen gebruiken waarbij voor de arts, ook al is in juridische zin van euthanasie sprake, beslissend is om niet te melden, dat hij primair niet

beoogt het leven van de patiënt te beëindigen, ondanks dat hij zich ervan bewust is dat dat wel het gevolg van zijn handelen kan zijn. Wij menen dat op z'n minst moet worden gestreefd naar verandering en verbetering, niet in de laatste plaats omdat de melding cruciaal is voor de toetsing van het handelen van de arts in bepaalde gevallen en daar zouden wij in die gevallen niet graag van af willen zien. Bovendien is, voorzichtig gezegd, niet uit te sluiten dat in die 20% ook gevallen zitten waarin de arts zich, wellicht nog niet met de kwaadste bedoelingen maar toch, bewust is van het feit dat hij zijn handelen had moeten melden aangezien sprake is van een niet-natuurlijke dood terwijl hij desondanks een verklaring van (natuurlijk) overlijden heeft afgegeven. In die gevallen is strafrechtelijke rechtshandhaving (in elk geval) aangewezen. Hoe in deze categorie van het grijze gebied verbeteringen naar een andere uitkomst van de volgende wetsevaluatie van de Wtl te bereiken?

In het voorgaande ligt in de eerste plaats een enkele voorzet voor verbetering op ondergeschikte punten besloten. De hierboven bekritiseerde, verouderde tekst van de Richtlijnen betreffende de werkwijze van de Regionale toetsingscommissies euthanasie kan gemakkelijk worden aangepast in die zin dat daarin tot uitdrukking kan worden gebracht dat de Rte juist wel bemoeienis heeft met een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van pijnbestrijding, omdat naar geldend recht dan immers van euthanasie sprake is. Wij zouden er in het verlengde van deze aanpassing ook geen bezwaar tegen hebben dat de Rte's actief zouden uitdragen ook bereid te zijn te toetsen in geval bij de arts twijfel bestaat over het antwoord op de vraag of zijn handelen wel binnen de grens van palliatieve sedatie is gebleven. Het hoeft wat ons betreft niet bij de ene gesignaleerde zaak te blijven waarin een Rte in 2005 deze toets eens uitvoerde en concludeerde dat inderdaad van palliatieve sedatie sprake was.

Door anderen zijn in het verleden verdergaande oplossingen gesuggereerd die wij echter niet als de meest wenselijke aanmerken. Voordat we deze oplossingen bespreken, stellen we nog één aspect van de Wlb zelf aan de orde. In de huidige wetgeving geldt dat de behandelend arts een verklaring van overlijden mag afgeven als hij overtuigd is van een natuurlijke doodsoorzaak. Deze kwalificatiebeslissing die juist in geval van euthanasie problematisch is, wordt verder niet gecontroleerd. In geval van het overlijden van een minderjarige gaat de Wlb van een ander concept uit. Artikel 10a lid 1 Wlb bepaalt dat, indien de schouwing bedoeld in artikel 7 lid 1 Wlb een minderjarige be-

treft en is verricht door de behandelend arts, laatstgenoemde pas een verklaring van overlijden mag afgeven na overleg te hebben gevoerd met de gemeentelijk lijkschouwer.²⁵³ Een soort contracheck dus vanwege het wat uitzonderlijke karakter van overlijden van een minderjarige. Nu ligt het niet voor de hand een dergelijke contracheck voor te schrijven voor alle gevallen van overlijden van meerderjarigen. Dat is nodig noch praktisch haalbaar. Voor gevallen van (net als bij minderjarigen: enigszins uitzonderlijk) overlijden na palliatieve sedatie, zou dat anders kunnen liggen. Gevallen van ten onrechte (al dan niet verwijtbaar) niet melden zouden dan eerder aan het licht komen, juist ook in het grijze gebied tussen palliatieve sedatie en euthanasie. Bijkomend voordeel is dat door de lijkschouwer als een onafhankelijke arts nog eens in kaart gebracht wordt wat er precies gebeurd is rondom het overlijden van een patiënt, dat gekeken wordt naar de beslissingen die aan het einde van het leven door de behandelend arts genomen zijn en of die handelingen inderdaad zo getypeerd kunnen worden zoals de behandelend arts heeft gedaan.²⁵⁴ Dat die 'contracheck' wordt uitgevoerd door een collega-medicus, maakt dat de 'controle' minder bedreigend is voor de behandelend arts dan het geval zou zijn wanneer bijvoorbeeld het OM of enige inspectie deze controle zou uitvoeren. Een dergelijke contracheck zou wezenlijk kunnen bijdragen aan het ontdekken van situaties waarin de arts bewust weigert euthanasie als zodanig te benoemen. Maar juist ook voor de grotere en meer problematische groep van gevallen waarin het eerder gaat om het niet herkennen van euthanasie, zou een dergelijke contracheck uitkomst kunnen bieden, al is het alleen maar om meer bekendheid omtrent het systeem van de Wlb te bewerkstelligen onder artsen en over hun verplichtingen en verantwoordelijkheden rondom de dood van een patiënt. Wellicht belangrijker: met een consultatieplicht in geval van overlijden na palliatieve sedatie kan ook voorkomen worden dat het überhaupt tot – al dan niet terecht – strafvervolgning komt. Om het in medische termen te zeggen: voorkomen is beter dan genezen.

Toch hebben wij ter zake ook aarzelingen. Nog afgezien van de werklast: met zo'n contracheck bij overlijden na palliatieve sedatie wordt dit normaal me-

²⁵³ Dit met het oog op het streven naar een compleet beeld van overleden minderjarigen. Zonder deze consultatie zou dit slechts via de statistieken bekend worden. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30696, 3 (MvT), p. 17. Artikel 10a lid 1 Wlb werd ingevoerd op 12 juni 2009 (Stb. 2009, 320) en trad in werking op 1 januari 2010 (Stb. 2009, 501).

²⁵⁴ Daargelaten de in onderdeel 3 gesignaleerde problematiek met betrekking tot lijkschouwing door de gemeentelijk lijkschouwer.

disch handelen uitgezonderd en – tot op zekere hoogte – gejuridiseerd, ook voor gevallen waarin dat niet nodig is. Daartegen bestaan – zeker onder artsen – terecht zowel praktische als theoretische bezwaren.²⁵⁵ Voorts is palliatieve sedatie in theorie wel te onderscheiden van euthanasie, maar anders dan euthanasie is palliatieve sedatie op zichzelf geen afgebakende handeling. Het is daarom de vraag of inzichtelijk kan worden gemaakt in welke situaties de arts dan precies de lijkschouwer dient te consulteren. Maar het belangrijkste bezwaar blijft het vertrouwen in de arts. We citeren in dit verband uit een memorie van antwoord, verschenen aan de vooravond van de inwerking-treding van de Wtl:

‘Een onderzoek naar valse overlijdensverklaringen komt neer op het doen van forensisch-geneeskundig onderzoek in een sterfgeval. Het doen van regelmatig onderzoek achten wij als onevenredig, ondoelmatig en ondeugdelijk ter bevordering van de bereidheid van artsen om levensbeëindigend handelen te melden. De acceptatie van de plicht om levensbeëindigend handelen te melden en daartoe opening van zaken te geven, dient in de eerste plaats binnen de beroepsgroep plaats te vinden’.²⁵⁶

Met andere woorden: politiek en recht bieden (exclusief) aan de arts als integere professional de mogelijkheid optimale zorg aan het einde van het leven te bieden aan de patiënt, inclusief levensbeëindiging binnen het euthanasiesysteem zoals dat binnen het Nederlands (straf)recht ingericht is. Als onderdeel van dat systeem leggen politiek en recht in dat professionele van de arts ook het vertrouwen en de verantwoordelijkheid om levensbeëindigend handelen te melden en toetsbaar te maken. Men moet goede redenen hebben om in elk geval jegens artsen van een ander uitgangspunt dan dit vertrouwen uit te gaan, hoezeer een contracheck door een andere arts nog wat anders is dan controle door het OM. Onduidelijkheid van de wet levert niet zo’n goede reden op. Een zekere onduidelijkheid en een zeker grijs gebied tussen euthanasie en palliatieve sedatie, tussen handelen dat wel of niet moet worden gemeld, is in feite bijna inherent aan het systeem van (artikel 293 Sr. jo.) de Wtl. Het feit dat een zekere onduidelijkheid in de afbakening en kwalificatie inherent is aan het huidige systeem heeft o.a. Van Tol er toe gebracht te beplei-

²⁵⁵ Zie onder andere I. Koper et al., ‘Consultation with specialist palliative care services in palliative sedation: considerations of Dutch physicians’, *Support Care Cancer* (2014) 22, p. 225-231.

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 26691, 137b, p. 38.

ten de definities binnen het bestaande kwalificatiesysteem aan te passen in die zin dat de kennelijk door artsen beleefde medische kwalificatie (als er niet wordt gehandeld met de intentie om en/of de geneesmiddelen geschikt tot doden is het geen euthanasie) om te zetten of te laten doorklinken in een aanpassing van de juridische kwalificaties zodat dan geen meldplicht van niet-natuurlijk overlijden meer zou bestaan. Interessant is daarbij dat hij betoogt dat deze noodzaak voor hem niet zozeer terug gaat op een gebrek aan juridische kennis bij de arts, maar op een verschil aan inzicht tussen arts en OM: het OM gaat af op het wettelijk systeem dat zich richt op alles wat behoort te worden getoetst (en daarom gemeld).²⁵⁷ En alleen wat met voldoende helderheid normaal medisch handelen is, blijft daarbuiten. Het wettelijk systeem omvat daarmee ook de controle op de vraag of er behoort te worden getoetst en gemeld. In en door de toetsing blijkt of het handelen toelaatbaar is, zo is het uitgangspunt van het OM. Artsen, daarentegen, gaan eerder uit van de benadering en eigen beoordeling of het handelen medisch gerechtvaardigd is. Als dat zo is, hoeft het niet te worden getoetst en dus ook niet gemeld en worden ze dus voorzien van de kwalificatie van normaal medisch handelen respectievelijk natuurlijk overlijden. Een zeker wantrouwen bij artsen jegens justitie zal deze handelwijze bevorderen.²⁵⁸

Van Tol kan zich twee concrete wijzigingen in het kwalificatiesysteem voorstellen die de problematiek rondom de meldplicht en het grijze gebied zouden kunnen helpen oplossen. De eerste is de erkenning van de medische exceptie waardoor datgene wat medisch gezien gerechtvaardigd is 'buiten' het strafrecht zou blijven. De andere oplossing is de al wel vaker gehoorde suggestie gedragingen van de arts waardoor de dood (eerder) intreedt zonder dat dit laatste het oogmerk of de intentie is, niet meer als euthanasie in zin van artikel 293 lid 1 Sr te verstaan.

Vastgesteld moet worden dat de wetgever deze wegen bij de inrichting van euthanasie, zelfs indien verricht door een arts, uitdrukkelijk niet gegaan is. Controle, transparantie en toetsing zijn nu eenmaal in de bestaande wetgeving en binnen het strafrecht van artikel 293 lid 1 en lid 2 jo. de WtI vorm gegeven. En wat ons betreft vooralsnog op goede grond. In de eerste plaats omdat levensbeëindigend handelen te 'precair'²⁵⁹ is om regulering en controle

²⁵⁷ Van Tol, a.w., p. 239-240.

²⁵⁸ Van Tol, a.w., p. 241.

²⁵⁹ De term is van Van Tol, a.w., p. 243.

aan artsen over te laten. Dat vereist toetsing van het handelen van een bepaalde arts in een bepaald geval en daarmee ontstaat toezicht en transparantie van de medische praktijk in het algemeen en de grenzen die wet en recht daaraan stellen. Zulks impliceert dat de vraag of zich een geval voordoet dat aan artsen kan worden overgelaten, controle behoeft en die controle zal dan toch weer ‘van buiten’ en dus vanuit het strafrecht (moeten) worden georganiseerd. Anders is er geen controle op de grensafbakening.²⁶⁰ Zo’n vraag kan bijvoorbeeld gaan over of zich de medische exceptie voordoet c.q. of pijnbestrijding met eerdere dood als gevolg aangewezen was en binnen de grenzen daarvan is gebleven. En als deze grensbewaking noodzakelijk is, blijft dus ook steeds een kwalificatiemoment en blijven kwalificatiecriteria noodzakelijk om te bezien aan welke kant van de grens bepaald handelen van de arts zich bevindt, en of dat overeenkomt met de wijze waarop de arts dat inschat c.q. de wijze waarop het recht dat handelen waardeert. Dat wil niet zeggen dat ter zake niet over aanpassingen van het bestaande classificatiesysteem en zijn werking kan worden nagedacht. Maar voor de kern van de door ons gesignaleerde problematiek is het aanpassen geen oplossing; er is altijd een classificatiesysteem noodzakelijk omdat de eis van zorgvuldig handelen rond het levenseinde transparantie en controle impliceert, ook als dat handelen van een arts betreft.

Daarmee zijn we voor een deel weer terug bij het bestaande systeem en het geconstateerde punt dat de arts daarbinnen in zijn handeling geen (strafbare) euthanasie of hulp bij zelfdoding herkent. Dat betreft, zoals gezegd, een deel van de in de respectievelijke Sterfgevallenonderzoeken geconstateerde groep van steeds rond de 20% niet-gemelde gevallen. De situatie waarin de arts zijn handelen niet als euthanasie herkent, betreft vooral situaties waarin hij middelen gebruikt waarmee doorgaans niet beoogd wordt het leven te beëindigen maar waarbij de arts zich er wel van bewust is dat dat het gevolg van zijn handelen kan zijn. Binnen het grijze gebied van de 20% bestaan gevallen waar artsen hun levensbeëindigende handeling niet als zodanig onderkennen. Dat ligt niet altijd uitsluitend aan de arts. De wet impliceert een scherp onderscheid tussen ‘normaal’ en ‘niet normaal’ medisch handelen, waarvan de scherpste zeker gelet op de consequenties van belang is. Maar de praktijk van handelingen van de arts rondom het levenseinde laat zich ten dele maar lastig

²⁶⁰ Die consequentie gaat ook Van Tol te ver: a.w., p. 243. Hij meldt daarbij (p. 244) dat dergelijke controle door de verkeerde classificatie ook onder het bestaande systeem niet plaatsvindt. Wat ons betreft is dat dus precies het probleem en niet een argument voor een andere oplossing.

in dergelijke, in de eerste plaats juridische categorieën onderbrengen, ook omdat dat ‘levenseinde’ een fase is met een verloop in vaak onvoorziene stadia waarin medische en andere factoren van betekenis zijn. Er ligt zodoende niet alleen een verantwoordelijkheid bij de arts, maar ook bij het systeem, dat – waar mogelijk – duidelijk moet maken welke handeling aan de ene kant van de grens ligt, en welke aan de andere kant.

Maar het omgekeerde is ook waar. Zoals gezegd, leunt het systeem op melden opdat kan worden getoetst (juridische invalshoek). Er is geen ruimte voor een eigen classificatieoordeel van artsen van gedragingen die binnen de te melden categorie vallen maar waarvan artsen menen dat deze gedragingen naar medisch inzicht legitiem zijn (bijvoorbeeld gericht op pijnbestrijding), en daarom naar hun oordeel een vertaling vinden naar het juridische in die zin dat geen sprake is van euthanasie c.q. van niet-natuurlijk overlijden c.q. van een geval dat hoeft te worden gemeld. Voor een dergelijk eigen oordeel over het recht is geen ruimte, dat is ook overigens in het strafrecht zo. Deze gevallen komen juridisch overeen met de situatie dat de arts opzettelijk weigert zijn handeling als euthanasie te (h)erkennen en zodoende moedwillig melding achterwege laat.

Wat de reden voor het moedwillig achterwege laten van melding ook is, in principe valt dit onder het bereik van artikel 228 Sr (het opzettelijk afgeven van een valse verklaring van natuurlijk overlijden) dan wel onder artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb. Daarover kan normatief geen misverstand bestaan. Voor zover het aan het systeem te wijten is dat aan de arts onvoldoende helderheid wordt verschaft over de aan zijn gedraging te geven kwalificatie, vertaalt zulks zich in het gegeven dat een arts die ter zake verschoonbaar dwaalt, een beroep kan doen op de binnen het strafrecht bestaande ‘voorzieningen’ die in die situatie strafbaarheid uitsluiten (geen opzet, AVAS, etc.). Maar dan moet wel sprake zijn van *verschoonbare* dwaling. De wet onvoldoende (willen) kennen, levert niet snel verschoonbaarheid op. En dus geldt ook het omgekeerde. Het zichtbaar maken van (de mogelijke) strafrechtelijke rechtshandhaving van het niet melden zouden wij in dat kader, al is het maar als aanzet om meer duidelijkheid over gelding en reikwijdte van regels te bevorderen, als deel van de oplossing niet willen missen. Is het werkelijk zo dat vervolging met name ter zake van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb niet een wat prominentere plaats in het spectrum van maatregelen zou kunnen innemen? Zulks om daarmee te bevorderen dat het aantal niet gemelde gevallen waarvan men

zich kan afvragen of die niet toch hadden moeten worden gemeld omlaag gaat? Tegelijk: het probleem schuilt elders. Dergelijk handelen komt in deze gevallen maar lastig aan het licht, doordat het wordt ‘bedekt’ door een verklaring van natuurlijk overlijden op grond van artikel 7 lid 1 Wlb, (daardoor) gevolgd door begravenis of crematie van het stoffelijk overschot. Er kunnen zich natuurlijk situaties voordoen waarbij de familie aangifte doet omdat zij twijfelt aan het handelen van de arts, of waarin een oplettende verpleegkundige aan de bel trekt, of een levensverzekeraar argwaan koestert als (te) kort na het afsluiten van een verzekering deze reeds tot uitkering moet komen, maar normaliter zal dit niet het geval zijn. Met andere woorden: het overtreden van artikel 228 Sr is een ernstig delict met een belangrijke functie. Tegelijkertijd: het Nederlandse systeem is zo ingericht dat het vertrouwen stelt in de arts dat hij melding maakt van zijn handelen buiten de grens van het normaal medische domein. Dat uitgangspunt is op zichzelf te begrijpen omdat het merendeel van de gevallen van euthanasie wordt gemeld. Maar de waarborgfunctie van artikel 228 Sr, die juist in een systeem dat van vertrouwen uitgaat van belang is, mist zijn werking als het misdrijf niet kan worden opgespoord. Hetzelfde geldt voor artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb.

Dat brengt ons bij een andere, mogelijke oplossing tot versterking van het besef van de noodzaak van melden door artsen in geval hun handelen daar, naar de juridische kwalificatie, om vraagt. Aanvankelijk bestond bij de wetgever de gedachte om, in geval van euthanasie, het melden door de arts onderdeel te laten zijn van de set van zorgvuldigheidscriteria, zoals die thans is neergelegd in artikel 2 lid 1 Wtl.²⁶¹ Artikel 228 Sr werd onvoldoende geacht omdat de strafbaarstelling in de praktijk onvoldoende effect zou hebben mede omdat ze, zeker ook in medische kringen, vrij onbekend zou zijn. De Staatscommissie Euthanasie wilde deze weg echter niet gaan, maar formuleerde wel een voorstel voor een aparte strafbepaling in artikel 293ter naast artikel 228 Sr:

‘Onverminderd het bepaalde in artikel 228 wordt de geneeskundige (...) die opzettelijk niet of niet naar waarheid voldoet aan bij of krachtens de wet gestelde verplichtingen tot het doen van opgaven ter zake van overlijden, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie’.²⁶²

²⁶¹ *Kamerstukken II* 1983/84, 18331, 3 (MvT), p. 18-19.

²⁶² Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, dl 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985,

Ten dele gaat dit voorgestelde artikel verder dan artikel 228 Sr waar het ook het niet melden (van euthanasie) strafbaar stelt en niet slechts het afgeven van een valse verklaring nopens een oorzaak van overlijden.²⁶³ Het voorgestelde misdrijf lijkt daarmee eerder op de overtreding van het huidige artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb. Met name de toenmalig hoofdofficier van justitie Josephus Jitta²⁶⁴ vond het voorstel een overbodige strafbepaling naast artikel 228 Sr. In feite wees hij de weg naar de door de wetgever gekozen benadering: ‘Het sterkst denkbare middel om het euthanatisch handelen controleerbaar te maken en tevens de vlucht in valse overlijdensverklaringen te stuiten lijkt mij het koppelen van de rechtvaardigingsgrond aan de noodzakelijke controleerbaarheid van het euthanatisch handelen’. Zo is het inderdaad gegaan: in het huidige artikel 293 lid 2 Sr is het melden van de levensbeëindiging een zelfstandige eis *naast* de zorgvuldigheidseisen uit de Wtl; zonder melden geen Wtl-toets en dus geen straffeloosheid, in geval van niet melden afgedekt met artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb en in geval van valsheid afgedekt met artikel 228 Sr.²⁶⁵ De zelfstandigheid van de eis van melden in artikel 293 Sr en de dreigende strafrechtelijke consequenties onderstrepen de cruciale functie van het melden. Daaraan doet niet af dat tegen het misdrijf van artikel 228 Sr ‘slechts’ een vrijheidsstraf van drie jaren en tegen de overtreding van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb slechts hechtenisstraf van 1 maand is bedreigd. Maar als de strafrechtelijke consequentie het belang van het (correct) melden bij de arts moet onderstrepen omdat dat belang wellicht minder duidelijk is of naar eigen opvattingen en kwalificaties wordt ingevuld, dan zou voor strafvervolgning binnen het bestaande wettelijke kader kunnen worden betoogd dat, nu het melden in artikel 293 lid 2 Sr een zelfstandige eis is, bij niet-melden geen sprake kan zijn van de met artikel 293 lid 2 Sr voorziene bijzondere strafuitsluitingsgrond. Dat kan dan tot strafvervolgning ter zake van artikel 293 lid 1 Sr leiden. Niet dat wij die weg zouden willen begaan of als panacée bepleiten, maar het definiëren van de strafrechtelijke consequenties van niet (correct) melden in termen van artikel 293 lid 2 jo. lid 1 Sr kan helpen onduidelijkheid bij artsen over kwalificatie van eigen handelen en (niet) melden weg te nemen. Dat geldt met name omdat artsen veel ‘vertrouwder’ lijken te zijn met het ‘artsenstrafrecht’ van art. 293 Sr of

p. 42.

²⁶³ Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, dl 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 72.

²⁶⁴ A.N.A. Josephus Jitta, ‘Het rapport van de Staatscommissie Euthanasie’, *NJB* 1986, p. 46

²⁶⁵ Zie over dit punt ook de noot van Schalken onder HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3796, *NJ* 2000/216.

althans de bekendheid ervan in kringen van artsen veel groter is dan van de strafbepalingen van artikel 228 Sr en 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb. Eventueel zou een culpoze variant van artikel 228 Sr te overwegen zijn.

Wij zien dus nog wel enige mogelijkheden tot verbetering van het bestaande, maar we verwachten weinig heil van ingrijpende, formele wijzigingen van het bestaande systeem van kwalificaties, verantwoordelijkheden en controlemechanismen. Onze oplossing ligt dus niet in aanbevelingen tot wetswijziging. Tegelijk is het in de evaluatie van de Wtl gevonden percentage van 20% te problematisch om berustend aan voorbij te gaan. Daarvoor is (controle op) het handelen waarover het gaat ook in maatschappelijk opzicht van te grote betekenis. Dan is er eigenlijk maar één oplossing (met een extra zetje). Naar aanbeveling van de wetsevaluatie en het rapport ‘De dood als startpunt’ van de Taskforce lijkschouw en gerechtelijke sectie²⁶⁶ is het van belang de scholing en opleiding van artsen omtrent het onderscheid tussen normaal en bijzonder medisch handelen te verbeteren. Zelfs de meest recente, derde, wetsevaluatie van de Wtl beveelt (nog steeds/opnieuw) betere voorlichting aan, in het bijzonder betreffende het onderscheid tussen levensbeëindigend handelen enerzijds en reguliere symptoombestrijding en palliatieve sedatie anderzijds en om zulks op te nemen in de scholing van medisch studenten en in medische vervolgoopleidingen.²⁶⁷ Zullen we daar dan nu inderdaad maar eens mee beginnen? Een zodanige aanzet zal het systeem, het recht, ook dwingen om, waar aangewezen, (verdere) helderheid te verschaffen over de inhoud van de normatieve kwalificaties waarop het systeem leunt. Het recht moet helderheid verschaffen over wat dient te worden gemeld, maar het daadwerkelijk herkennen van die aangemerkte handelingen is uiteindelijk aan de arts. Het behoort tot de van hen te verwachten kennis en vaardigheden en is daarmee ook een kwestie van scholing van de artsen. Deze aanbeveling is anderzijds niet geheel vrijblijvend. Juist als adequate scholing beschikbaar is, is een strafrechtelijk verwijt ter zake van artikel 228 Sr dan wel artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb beter te funderen en gemakkelijker te maken in geval de meldplicht ten onrechte niet is nageleefd: waar men kan weten, is niet (willen) weten niet meer verschoonbaar. En ja, als een enkele strafvervolgung ter zake van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb, bijvoor-

²⁶⁶ Rapport ‘De dood als startpunt’, Taskforce lijkschouw en gerechtelijke sectie, februari 2018, p. 58.

²⁶⁷ Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 249.

beeld ook in de vorm van een strafbeschikking, daarbij een zet in de goede richting kan geven, bestaat daartegen niet onmiddellijk bezwaar.

5.6 Afsluiting

De conclusie is dat het bestaande mechanisme dat de ingang is van zowel de weg naar straffeloosheid van de arts na levensbeëindigend handelen, als de weg naar transparantie van en controle op dat handelen, niet in alle gevallen vlekkeloos en zonder ‘gaten’ in de werking functioneert. Het is nog niet zo gemakkelijk om tot een eenduidige en sluitende oplossing te komen. Het is de vraag in hoeverre het mogelijk is een mechanisme te creëren waarbij consequent kan blijken of de arts wel alles meldt wat gemeld moet worden, waarbij de meerwaarde ervan steeds op moet wegen tegen de nadelen en impact voor de arts die een bepaald systeem met zich brengt. Wij menen dat er weinig aanleiding of reden is het bestaande systeem wezenlijk te veranderen; wetswijziging is niet nodig. Wat thans gemeld moet worden als niet-natuurlijk overlijden vraagt om transparantie, toezicht en controle die binnen het strafrecht is georganiseerd. Dat is de reden waarom de juridische kwalificaties binnen het bestaande systeem leidend zijn. Dan is het wel aangewezen dat de inhoud van deze kwalificatie helder is, zodat de arts weet wat wel (euthanasie, hulp bij zelfdoding) en wat niet (palliatieve sedatie) moet worden gemeld. Maar het is ook noodzakelijk dat deze juridische kwalificaties dan ook door artsen worden gevolgd. Gegeven de uitkomst van de derde wetsevaluatie achten wij verbetering van de daarin gevonden resultaten noodzakelijk. Meer juridische controle hoeft daarbij niet de eerste uitweg te zijn. Betere scholing en voorlichting kan (kennelijk) nog veel verbeteren, zodat artsen de juridische kwalificaties bepalend voor melden of niet beter kunnen herkennen. Tegelijk: onze denkrichting klinkt daarbij vrijblijvender dan deze bedoeld is. Aanpassing van de Richtlijn betreffende de werkwijze van de Rte’s kan de mogelijkheid openen ‘twijfelgevallen’ te melden. En als men, met ons, de juridische weg van meer controle op de arts afwijst, maar tegelijkertijd geen genoegen wil nemen met het gegeven dat het bestaande systeem in 20% van de gevallen lijkt te haperen (al is het maar door onduidelijkheid waardoor zowel het systeem van melden als de strafbedreiging tegen ten onrechte niet melden beide niet werken), dan mag inderdaad van artsen een stap in het bijdragen aan het verbeteren van het systeem en het verkleinen van het grijze gebied worden verwacht. Aan hen blijft tenslotte het vertrouwen gegund dat

zij melden wat gemeld moet worden. De stimulans daartoe, de zet in de goede richting, mag daarbij best ook van een enkele strafvervolging ter zake van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb komen. Want het bestaande grijze gebied is te groot en de materie te belangrijk.

Nederlandse samenvatting **HOOFDSTUK 6**

In het onderzoek waarvan verslag wordt gedaan in hoofdstuk 6, wordt inzicht verkregen in factoren die samenhangen met het classificeren van de handelwijze (het gebruik van een middel met het uitdrukkelijke doel het levenseinde van de patiënt te bespoedigen) als euthanasie, hulp bij zelfdoding of levensbeëindiging door artsen.

Aan het einde van het leven van patiënten geven artsen soms medicatie met het uitdrukkelijke doel het levenseinde te bespoedigen. De beoordeling door artsen van dergelijke handelingen varieert.

Het onderzoek betreft een secundaire analyse van een landelijk onderzoek naar de praktijk van medische besluitvorming rond het levenseinde. In 2015 ontvingen artsen die betrokken waren bij een sterfgeval een vragenlijst over de kenmerken van de besluitvorming. Het responspercentage was 78%. In dit hoofdstuk worden 851 gevallen onderzocht waarin artsen meldden dat de patiënt was overleden als gevolg van medicatie die zij hadden verstrekt met het uitdrukkelijke doel het levenseinde te bespoedigen.

Indien een middel is gebruikt met het uitdrukkelijke doel het levenseinde te bespoedigen, dan vond 21% van de artsen ‘palliatieve sedatie’ de meest passende term voor hun handelwijze; 77% koos de term ‘euthanasie’, ‘hulp bij zelfdoding’ of ‘levensbeëindiging’. De kans dat de handelwijze door artsen als actieve levensbeëindiging werd geclassificeerd was kleiner in situaties waarin de patiënt een korte (1-7 dagen) tot zeer korte (max. 24 uur) levensverwachting had. De kans was eveneens kleiner wanneer barbituraten (zonder spierverslappers) of overige middelen werden gebruikt ten opzichte van spierverslappers. Het beperkte aantal gevallen waarin patiënten medicatie hadden gekregen zonder expliciet verzoek van de patiënt werden nooit geclassificeerd als ‘euthanasie’, ‘hulp bij zelfdoding’ of ‘levensbeëindiging’.

Artsen classificeren hun handelwijze minder vaak als actieve levensbeëindiging wanneer geen spierverslappers worden gebruikt en wanneer patiënten in de stervensfase verkeren.

In deze gevallen worden handelingen meestal geclassificeerd als ‘palliatieve of terminale sedatie’. Dit suggereert dat het juridische onderscheid tussen euthanasie en palliatieve zorg in de klinische praktijk mogelijk niet altijd duidelijk is.

Classification of end-of-life decisions by Dutch physicians: findings from a cross-sectional survey²⁶⁸

6.1 Introduction

The Dutch Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act (1) came into force in 2002. Under this Act, euthanasia and assisted suicide remain illegal as described in the Dutch Criminal Code, articles 293 and 294, but the special justification of article 293 paragraph 2 together with the Act provide a specific ground for exclusion of criminal liability for physicians when they report their actions to the local coroner and comply with due care criteria. After the local coroner has received a notification of the termination of life on request from the physician, including a written report regarding compliance with the due care criteria, the coroner sends the report to one of five Regional Euthanasia Review Committees. Each committee consists of a lawyer, a physician and an ethicist. The committee reviews every reported case and judges whether the physician has acted in accordance with the due care criteria (see box 1 for criteria).

Box 1: Due care criteria

The due care criteria are stated in Article 2, paragraph 1 of the Dutch Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act and imply

²⁶⁸ Dit hoofdstuk is als artikel aangeboden aan *Annals of Palliative Medicine*. De tekst is inhoudelijk afgesloten in april 2020. Auteurs: A. Overbeek, V.E. van de Wetering, J.J.M. van Delden, P.A.M. Mevis, B.D. Onwuteaka-Philipsen, L. Postma, J.A.C. Rietjens.

that the physician must be satisfied that the patient's request is voluntary and well-considered; be satisfied that the patient's suffering is unbearable, with no prospect of improvement; have informed the patient about his/her situation and prognosis; have come to the conclusion, together with the patient, that there is no reasonable alternative in the patient's situation; have consulted at least one other, independent physician, who must see the patient and give a written opinion on whether the due care criteria set out above have been fulfilled; have exercised due medical care and attention in terminating the patient's life or assisting in the patient's suicide.

The interpretation of the legal criteria of due medical care has become more clear through their use in practice, in guidelines and in case law. The Royal Dutch Medical Association and the Royal Dutch Society for the Advancement of Pharmacy have provided guidance on how to perform euthanasia or assistance in suicide with due medical care (2). When performing euthanasia, the guidelines prescribe the administration of a barbiturate to induce coma, followed by a muscle relaxant that causes the death of the patient (2). For assisted suicide, the guidelines prescribe a sufficiently high dose of an orally administered barbiturate (2). If the Review Committee judges that the physician did not comply with the due care criteria, the public prosecutor's office and the Health Inspectorate are notified. Both authorities independently determine whether further steps are necessary.

The practice of end-of-life decision making in the Netherlands has been studied in a series of nationwide surveys, that started in 1990 and were repeated every five years since then (3-10). In these studies, an act is classified as 'euthanasia' or 'assisted suicide' when the physician prescribes, supplies or administers medication with the explicit intention of hastening a patient's end of life, upon this patient's explicit request (11). In 2015, this study found that euthanasia was performed in 4.5% of all deaths, whereas physicians had provided assistance in suicide in 0.1% (3, 11). Administration of medication with the explicit intention of hastening death *without* an explicit patient request had occurred in 0.3% of all deaths (3, 11).

A hypothetical case study on classification of end-of-life practices concluded that similar practices are not uniformly assessed by physicians (12). It was

found that such assessment was strongly associated with the medication provided: the use of muscle relaxants made physicians' classification of cases as 'euthanasia' or 'ending of life' much more likely than the use of morphine or sedatives (12). Physicians were also found to be more inclined to classify acts as 'euthanasia' or 'ending of life' when the patient was expected to die within several months as compared to a few days (12).

The legal regulation and societal control of physician-assistance in dying requires a clear delineation of which acts should be considered to represent 'normal' medical practice and which acts go beyond that and should be reported to enable judicial review. We studied cases as reported in the 2015 nationwide survey with the aim of 1) getting insight in how Dutch physicians classify acts where they provided medication with the explicit intention to hasten death, with or without an explicit patient request, and 2) to gain more insight into factors associated with physicians' assessment of such acts.

6.2 Methods

This study concerns a secondary analysis of data from a nationwide study on the practice of medical decision-making at the end of life (11). The nationwide study is based on a stratified sample from the death registry of Statistics Netherlands, to which all deaths are reported. All deaths that had occurred between August and November 2015 were assigned to one of ten strata on the basis of cause of death as indicated on the death certificate and the related likelihood that an end-of-life decision had preceded death. Strata with a higher likelihood of an end-of-life decision had a higher sampling probability. All attending physicians of sampled cases (n=9351) received a questionnaire about end-of-life care and decision-making that had preceded the death of the patient concerned. The response rate was 78%. All data were absolutely anonymized and in addition the Ministry of Justice guaranteed that physicians would not be prosecuted on the basis of information given in the study. According to Dutch policy, the study did not require review by an ethics committee.

For this study we only included cases where the physician responded 'yes' to the following question: 'Was death the result of medication that was prescribed, supplied or administered by you or another physician with the ex-

plicit intention of hastening the end of life (or of enabling the patient to end his or her own life)?' Other questions concerned the patient's request ('Was the act performed upon an explicit request of the patient?') and the physicians' classification of the act ('What do you think would be the best term for your act?').

All cases were weighted to adjust for the stratified sampling procedure and for differences in response rates in relation to demographics. As a result of the weighting procedure the percentages presented cannot be derived from the absolute unweighted numbers presented.

To determine which factors are associated with physicians' classification of acts we conducted chi-square tests and logistic regression analyses with the dependent variable being classification of the act as either active termination of life, which category included 'euthanasia', 'assisted suicide' or 'ending of life', or otherwise. Potentially associated factors included patient characteristics (gender, age, major diagnosis, life expectancy), the setting (physicians' specialty, place of death) and type of medication provided. In addition, we analyzed possible consequences of physicians' classification regarding 1) asking the advice of an independent physician as required by law for euthanasia and physician-assisted suicide and 2) reporting of the act to a Regional Euthanasia Review Committee, using chi-square tests.

6.3 Results

The number of studied cases was 851 in total, of which 834 included an explicit patient request for hastening of death and 17 did not. If medication had been provided with the explicit intention to hasten death at the explicit request of the patient, 82% of physicians considered 'euthanasia', 'assisted suicide' or 'ending of life' (=active termination of life) the most appropriate term for their course of action; 17% chose the term 'palliative or terminal sedation' and 2% 'alleviation of symptoms' (Table 1). In cases where the act did not follow an explicit patient request, none of the respondents classified their course of action as active termination of life, while 93% opted for 'palliative or terminal sedation', 3% for 'alleviation of symptoms', and 4% for another term.

Patient characteristics

In cases where medication had been provided with the explicit intention to hasten death at the explicit request of the patient, classification of the act as active termination of life was less likely for patients aged 80 or over (67%; odds ratio (OR): 0.11, CI: 0.04-0.31) and patients aged 65-79 (87%; OR: 0.36, CI: 0.12-1.07), as compared with patients up to 65 years (95%; Table 2). Furthermore, classification was less likely for patients with cardiovascular diseases, lung diseases or diseases of the nervous system (69%; OR: 0.34, CI: 0.18-0.64) and patients with other major diagnoses (72%; OR: 0.39, CI: 0.19-0.83), as compared with cancer patients (87%). Classification was also less likely if patients had a life expectancy of 24 hours or less (27%; OR: 0.02, CI: 0.006-0.04) or one to seven days (71%; OR: 0.11, CI: 0.05-0.24) as compared with patients who had a life expectancy of more than one week (96%).

Setting

The likelihood of classification of the act as active termination of life was lower if the procedure had been performed by physicians with a specialty other than general practitioner (55%; OR: 0.24, CI: 0.11-0.53). Moreover, this likelihood was lower when the patient had died outside the home setting (61%; OR: 0.23, CI: 0.13-0.40). In other words, if the act occurred at home and was performed by a general practitioner, classification as active termination of life was more likely.

Type of medication provided

Type of medication turned out to be associated with classification of the act: if barbiturates (all combinations, excluding muscle relaxants; 72%, OR: 0.01, CI: 0.001-0.09) or other medication (3%; OR: 0.00, CI: 0.00-0.002) had been provided, the likelihood of classification of the act as active termination of life was less than if muscle relaxants had been used (all combinations; 99%). Results of a multiple logistic regression analysis showed that both life expectancy ($p=0.03$) and type of medication ($p=0.00$) were significantly associated with classification of the act as active termination of life (Table 2). Other factors were not significantly associated with classification as active termination of life in this analysis.

Consequences of the classification

If physicians classified their course of action as active termination of life, 99% of them had asked advice of an independent physician and 99% had re-

ported the case to a Regional Euthanasia Review Committee. If the course of action was not classified as active termination of life, 65% of physicians had asked advice and no case had been reported to a Regional Euthanasia Review Committee.

Cases without an explicit patient request

In Table 3 we present (unweighted) characteristics of 17 cases where medication had been provided with the explicit intention to hasten death without the explicit request of the patient. In 8 cases the physician had discussed the hastening of death with the patient. In other cases there had been no discussion of the act, which was mostly due to the fact that the patients concerned were not deemed competent or capable of making a request due to dementia ($n=3$) or a coma ($n=3$). The act had been performed by administration of a muscle relaxant in 2 cases, once in combination with a barbiturate and once in combination with morphine. In 13 other cases, the physician had administered morphine, eight times in combination with a benzodiazepine. In one case only a benzodiazepine had been administered and in one case it is unknown which medication had been provided. Physicians indicated in 7 cases that the estimated life expectancy had been less than 24 hours, in 5 cases it had been one to seven days, and in 4 cases more than one week. The estimated life expectancy of one patient is unknown.

6.4 Discussion

If physicians had provided medication with the explicit intention to hasten death at the explicit request of the patient, 82% of them considered either 'euthanasia', 'assisted suicide' or 'ending of life' the most appropriate term for their course of action. In the remaining cases, physicians chose 'palliative or terminal sedation' (17%) or 'alleviation of symptoms' (2%) as the most appropriate term. Both patients' life expectancy and the type of medication provided were significantly associated with physicians' classification of their act as active termination of life. If other medication than muscle relaxants had been used, the likelihood of a classification as active termination of life was lower. Furthermore, physicians classified their course of action less often as active termination of life when patients had a very short life expectancy, i.e., only hours or a few days.

This study also provides insight in characteristics of cases where medication had been provided with the explicit intention to hasten death without the explicit request of the patient. Patients in these cases typically had a life expectancy of only hours up to a few days. Physicians had mostly administered morphine and benzodiazepines, except in two cases where muscle relaxants had been used. It seems that at least these two cases should have been classified as active termination of life and thus reported to enable judicial review. However, physicians seem to classify none of these acts as active termination of life, but rather as palliative or terminal sedation. As a consequence, all 17 cases were considered to have involved natural deaths which did not require judicial review.

Our findings suggest that physicians are less inclined to classify hastening of death as active termination of life when it concerns patients who are in the dying phase. The dying phase is defined as the phase that immediately precedes death, where the patient is expected to die within a few days (13). Possibly, physicians consider the prevention of futile suffering during a prolonged dying process to be part of regular care of dying patients. The Dutch Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act does not address the dying phase, or patients' life expectancy in general, as being a relevant factor in the judgement of the physician's act. Other countries that have a euthanasia act do not differentiate between patients who are in the dying phase and those who are not. In some countries however, patients need to have a maximum life expectancy (14) (15).

The dying phase has played a prominent role in discussions about the regulation of euthanasia in the Netherlands, especially when it comes to active termination of life without an explicit patient's request. The Rummelink Committee, which was appointed by the Dutch government to investigate the practice and regulation of medical end-of-life decisions, described in their report in 1991 that they were willing to accept the ending of a patient's life without their explicit request if this patient's vital functions begin to fail. If the patient's suffering is unbearable in such circumstances, termination of life should be regarded as 'normal' medical practice according to the committee. However, this viewpoint was rejected by the Dutch government and has never been included in regulations or guidelines. The Dutch government felt that the viewpoint of the committee was not acceptable on the basis of case law (16-19). It has also been discussed whether being in the dying phase

in itself is sufficient to justify the administration of muscle relaxants. Case law clarifies it is not: general practitioner Van Oijen was convicted for murder because he administered a muscle relaxant to a comatose patient who was in the dying phase in 1997. Although the very short life expectancy of the patient was mentioned in their verdict in this case by both the Court and the Supreme Court, it has not been a decisive criterion in their judgment (20).

In both the presence and absence of an explicit patient request, physicians rarely classified the provision of medication with the explicit intention of hastening death as active termination of life when patients had been in the dying phase and when they had provided other medication than muscle relaxants. Most physicians considered 'palliative or terminal sedation' the most appropriate term in these cases. The terms that were preferred by physicians suggest that their focus was on alleviating the suffering of the patient, with hastening of death as a means to achieve that goal (21, 22).

Strengths and limitations

Strengths of this study include the high response rate and a substantial sample of deaths that is representative for all cases where medication had been provided with the explicit intention to hasten death in the Netherlands in 2015. A limitation is that all information is derived from physicians. This approach allowed us to get insight into physicians' experiences, such as their intentions when performing a medical procedure. It is unclear, however, to what extent they adequately assessed the life-shortening effect of the medication they had provided. Whether opioids or sedatives e.g. result in hastening of death is often difficult to judge.

6.5 Conclusion

Our findings indicate that the legal distinction between euthanasia and palliative sedation is not always clear for physicians. This uncertainty in classification is described in other studies as well and is sometimes referred to as the 'grey area' (23-25). Law however assumes that there is clarity in the delineation between the two practices, in both theory of regulation and medical practice, with far-reaching consequences. Recognition of the grey area and the related differences in interpretation of specific acts is important. Both physicians and lawyers need to elaborate on how the legal classification of

medical procedures can be more aligned with physicians' perceptions of their acts. To limit the number of cases in the grey area as much as possible, the distinction between active termination of life and palliative sedation should be included in the curriculum of medical students and in advanced training of physicians in palliative and end-of-life care. However, whereas there is a moral duty to diminish the number of cases in the grey area, it may not always be possible to completely delineate one practice from another. That is why it is of the essence that physicians continue to earn public trust by being transparent about their acts.

References

1. Korthals A: Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2001-194.html> (accessed 17 July, 2018).
2. Royal Dutch Medical Association & Royal Dutch Society for the Advancement of Pharmacy: Guidelines for the practice of euthanasia and assisted suicide, August 2012, <https://www.knmp.nl/downloads/guidelines-for-the-practice-of-euthanasia.pdf> (accessed 11 November, 2019).
3. van der Heide A, van Delden JJ, Onwuteaka-Philipsen BD. End-of-life decisions in the Netherlands over 25 years. *N Engl J Med.* 2017;377(5):492-4.
4. Onwuteaka-Philipsen BD, Brinkman-Stoppelenburg A, Penning C, et al. Trends in end-of-life practices before and after the enactment of the euthanasia law in the Netherlands from 1990 to 2010: a repeated cross-sectional survey. *Lancet.* 2012;380(9845):908-15.
5. Van der Heide A, Onwuteaka-Philipsen BD, Rurup ML, et al. End-of-life practices in the Netherlands under the Euthanasia Act. *N Engl J Med.* 2007;356(19):1957-65.
6. Onwuteaka-Philipsen BD, van der Heide A, Koper D, et al. Euthanasia and other end-of-life decisions in the Netherlands in 1990, 1995, and 2001. *Lancet.* 2003;362(9381):395-9.
7. van der Maas PJ, van der Wal G, Haverkate I, et al. Evaluation of the notification procedure for physician-assisted death in the Netherlands. *N Engl J Med.* 1996;335(22):1706-12.
8. Van der Maas PJ, Van Delden JJ, Pijnenborg L, et al. Euthanasia and other medical decisions concerning the end of life. *Lancet.* 1991;338(8768):669-74.
9. Van der Maas PJ, Van Der Wal G, Haverkate I, et al. Euthanasia, physician-assisted suicide, and other medical practices involving the end of life in the Netherlands, 1990-1995. *N Engl J Med.* 1996;335(22):1699-705.
10. Rietjens JA, Heijltjes MT, van Delden JJ, et al. The rising frequency of continuous deep sedation in the Netherlands, a Repeated Cross-Sectional Survey in 2005, 2010, and 2015. *J Am Med Dir Assoc.* 2019;20(11):1367-72.

11. Onwuteaka-Philipsen B, Legemaate J, van der Heide A, et al. Derde evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. The Hague; 2017.
12. Buiting HM, van der Heide A, Onwuteaka-Philipsen BD, et al. Physicians' labelling of end-of-life practices: a hypothetical case study. *J Med Ethics*. 2010;36(1):24-9.
13. van Zuylen L, van Veluw H, van Esch J: Richtlijn zorg in de stervensfase, <http://www.hospicevrijwilligers.nl/media/iknl-richtlijn-zorg-in-de-stervensfase.pdf> (accessed 8 August, 2018).
14. Government of Oregon: Death with Dignity Act Requirements, <https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Documents/requirements.pdf> (accessed 11 November, 2019).
15. Parliament of Victoria: Voluntary Assisted Dying Bill 2017, <https://www.parliament.vic.gov.au/publications/research-papers/download/36-research-papers/13834-voluntary-assisted-dying-bill-2017> (accessed 25 September, 2019).
16. Kamerstukken II 1991/92. 20383, 14, p.7.
17. Van Tol D. Grensgechillen; een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde. Groningen: University of Groningen; 2005.
18. Weyers H. Euthanasie: Het proces van Rechtsverandering. Groningen: University of Groningen; 2002.
19. van Delden JJ, Pijnenborg L, van der Maas PJ. The Rummelink study: two years later. *Hastings Cent Rep*. 1993;23(6):24-7.
20. HR 9 november 2009. NJ 2005/217. m.nt. Buruma.
21. Pijnenborg L, Van der Maas PJ, Looman C, et al. Life-terminating acts without explicit request of patient. *Lancet*. 1993;341(8854):1196-9.
22. Chambaere K, Bernheim JL, Downar J, et al. Characteristics of Belgian 'life-ending acts without explicit patient request': a large-scale death certificate survey revisited. *CMAJ open*. 2014;2(4):E262.
23. van de Wetering VE, van der Heide A, Mevis PA. De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding. *DD* 2018/64. 2018:804-24.
24. Cohen-Almagor R, Ely EW. Euthanasia and palliative sedation in Belgium. *BMJ Support Palliat Care*. 2018;8(3):307-13.
25. van de Wetering VE, Mevis PA, van der Heide A. De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de 'Typizität' van levensbeëindigend handelen. *RM Themis*. 2019(6):233-46.

De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag²⁶⁹

Geselecteerde jurisprudentie

13.1 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211

‘... en voorts met dien verstande, dat het hof aan de in het beroepen vonnis opgenomen motivering van de vrijspraak van het aan de verdachte onder 1. en 3. ten laste gelegde nog toevoegt, dat bij het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep niet is komen vast te staan, dat de dood van [slachtoffer] door de onder 1. weergegeven toediening van medicijnen is veroorzaakt.

Ten aanzien van die toediening is het hof, de inhoud van de verklaringen dan wel berichten van de deskundigen [deskundige 1], [deskundige 2] en [deskundige 3] in aanmerking genomen, tot de overtuiging gekomen, dat – gezien zowel de aard van de middelen als de dosering ervan – verdachtes bedoeling bestrijding van de bij [slachtoffer] waargenomen symptomen was en niet de beëindiging van diens leven.’

13.2 Hoge Raad 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257

m.nt. N. Rozemond

‘2.5. Het oordeel van het Hof dat in het onderhavige geval de in de bewezenverklaring omschreven gedragingen van de verdachte kunnen worden ge-

²⁶⁹ Dit hoofdstuk is als artikel gepubliceerd: V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, ‘De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag’, *DD* 2018/13. De tekst is inhoudelijk afgesloten in december 2017.

kwalificeerd als – kort gezegd – het vervaardigen en in bezit hebben van kinderporno in de zin van art. 240b Sr, getuigt, ook indien in aanmerking wordt genomen hetgeen hierna in 2.6 wordt overwogen, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het middel faalt derhalve.

2.6.1. De Hoge Raad tekent hierbij aan dat, mede gelet op de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, moet worden aangenomen dat art. 240b Sr te ruim is geredigeerd, in die zin dat deze bepaling ook gevallen bestrijkt waarin volgens de wetgeschiedenis strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege kan of dient te blijven. Relevante factoren voor het bepalen van dergelijke gevallen zouden daarbij in het bijzonder zijn de concrete gedraging van de verdachte, de leeftijd van de betrokkenen, de instemming van de betrokkenen en het ontbreken van enige aanwijzing voor een risico van verspreiding van de afbeelding(en) onder anderen dan de betrokkenen. Deze gevallen zouden in de – bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel niet weersproken – visie van de Minister nader moeten worden omschreven in de Aanwijzing kinderpornografie. Geen van de elkaar opvolgende Aanwijzingen kinderpornografie bevat evenwel enige omschrijving in die zin. Een verdachte die wordt vervolgd ter zake van het misdrijf van art. 240b Sr, kan zich derhalve niet met vrucht beroepen op die Aanwijzing. Daardoor laat zich nog sterker het gemis voelen dat de wetgever niet zelf art. 240b Sr zo heeft geformuleerd dat het zich niet uitstrekt over gevallen waarin naar zijn opvatting strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege behoort te blijven.

2.6.2. Bij deze stand van zaken is het aan de strafrechter om – ook al is voldaan aan alle bestanddelen van art. 240b Sr – in het soort gevallen dat is genoemd in de wetsgeschiedenis, aan de hand van factoren als hiervoor genoemd de vraag onder ogen te zien of het gedrag van de verdachte, alle omstandigheden in aanmerking genomen, van dien aard is dat het moet worden gekwalificeerd als het in die bepaling als misdrijf tegen de zeden strafbaar gestelde feit, en ingeval die vraag ontkennend wordt beantwoord, de verdachte te ontslaan van alle rechtsvervolging op de grond dat het bewezenverklaarde niet een strafbaar feit oplevert.’

13.3 Hoge Raad 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315

m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen

‘2.4.1. Het tweede middel klaagt in de eerste plaats over het oordeel van het Hof dat ‘uitbuiting’ als een (extra) impliciet bestanddeel van het vierde onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr moet worden aangemerkt.

2.4.2. Mede gelet op de wetsgeschiedenis en in aanmerking genomen dat handelen in strijd met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4^o, Sr wordt gekwalificeerd als ‘mensenhandel’ en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van acht jaren, moet worden aangenomen dat de in het vierde onderdeel omschreven gedragingen alleen strafbaar zijn als zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld (vgl. HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309).

2.4.3. Dit brengt mee dat die gedragingen eerst dan als ‘mensenhandel’ kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat voldaan is aan voormelde voorwaarde dat zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. Het oordeel van het Hof dat ‘uitbuiting’ moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4^o, Sr, is derhalve juist.

2.4.4. Gelet op het vorenoverwogene heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat voor bewezenverklaring van een op art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4^o, Sr toegesneden tenlastelegging is vereist dat op grond van de omstandigheden van het geval uitbuiting komt vast te staan. Daarbij komt, gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen en beslist in zijn arrest van 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald terwijl bij de weging van deze en andere relevante factoren de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader dienen te worden gehanteerd. Hierbij geldt in geval van minderjarige slachtoffers dat de beoordeling van dergelijke factoren tot een andere uitkomst kan leiden dan in het geval het slachtoffer meerderjarig is (vgl. HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309).

2.5.1. Voorts klaagt het middel over het oordeel van het Hof dat met betrekking tot geen van de in de tenlastelegging omschreven gevallen sprake is van uitbuiting.

2.5.2. Het Hof heeft geoordeeld dat een gedraging als het ‘afsluiten van een telefoonabonnement’ niet zonder meer is aan te merken als arbeid of dienst tot het verrichten waarvan iemand wordt gedwongen of bewogen zich beschikbaar te stellen als bedoeld in art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4^o, Sr.

Uitgaande van het in 2.4.4 vermelde toetsingskader heeft het Hof geoordeeld dat, in het bijzonder gelet op de aard en de korte duur (één of enkele dagen) van de diensten, de niet-noemenswaardige beperkingen die zij voor de betrokkenen meebrachten en het economische voordeel dat daarmee door de verdachte werd behaald, alsmede gelet op de overige (persoonlijke) omstandigheden van de betrokkenen, in geen van deze gevallen sprake was van uitbuiting.

2.5.3. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, terwijl het ook in het licht van hetgeen door de Advocaat-Generaal bij het Hof in hoger beroep is aangevoerd omtrent de kwetsbaarheid van de betrokkenen, geen nadere motivering behoefde.

2.5.4. Het middel faalt.

2.6.1. Het eerste middel klaagt dat het Hof heeft miskend dat voor een bewezenverklaring van het eerste onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr niet is vereist dat uitbuiting daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, doch slechts dat de verdachte heeft gehandeld met het oogmerk van uitbuiting. Het Hof heeft zich, aldus het middel, daarom ten onrechte louter geconcentreerd op de tenlastelegging ter zake van het vierde onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr.

2.6.2. In het licht van 's Hofs oordeel dat en waarom in de onderhavige gevallen (telkens) geen sprake was van uitbuiting, geeft ook het kennelijke oordeel van het Hof dat van het oogmerk van uitbuiting in de zin van art. 273f, eerste lid onder 1°, Sr evenmin sprake was, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk.

2.6.3. Ook het eerste middel is tevergeefs voorgesteld.'

13.4 Hoge Raad 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:167, NJ 2017/258

m.nt. N. Rozemond

'2.1. Het middel klaagt over de door het Hof gegeven vrijspraak van het onder 2 tenlastegelegde.

2.2.1. Aan de verdachte is onder 2 tenlastegelegd dat:

'hij, in of omstreeks de periode van 01 januari 2011 tot en met 02 juni 2011 te Spijkenisse, in elk geval in Nederland, één of meermalen (telkens) 147, althans

een aantal, afbeelding(en), te weten 137 foto's en/of 10 films en/of (een) gegevensdrager(s) bevattende (een) afbeelding(en), heeft verspreid en/of aangeboden en/of openlijk tentoongesteld en/of vervaardigd en/of ingevoerd en/of doorgevoerd en/of uitgevoerd en/of verworven en/of in bezit gehad en/of zich daartoe door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft, terwijl op die afbeelding(en) (een) seksuele gedraging(en) zichtbaar is/zijn, waarbij (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen bestonden uit:

(...)

van welk(e) misdrijf/misdrijven hij, verdachte, een gewoonte heeft gemaakt.'

2.2.2. Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde en daartoe overwogen:

'Onder 2 wordt de verdachte – kort gezegd – verweten dat hij in de periode van 1 januari 2011 tot en met 2 juni 2011 afbeeldingen en films en (een) gegevensdrager(s) in bezit heeft gehad met afbeeldingen waarop seksuele gedragingen te zien zijn van personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hadden bereikt, dat hij zich daar door middel van een geautomatiseerd werk dan wel met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang toe heeft verschaft en daarvan een gewoonte heeft gemaakt.

De verdediging heeft vrijspraak bepleit.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Uit het politieonderzoek van de bij verdachte in beslag genomen computer volgt dat van de 147 afbeeldingen die kinderpornografisch van aard waren 32 foto's en 2 films toegankelijk en benaderbaar waren voor de verdachte zonder dat de computer daarvoor in verbinding met het internet hoefde te staan (zie bijlage III en IIIa-bij het proces-verbaalnummer 258/2011). Voornoemde bestanden zijn aangetroffen in het zogenaamde cachegeheugen van verdachtes computer.

De verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat hij die bestanden nimmer bewust heeft opgeslagen op zijn computer.

Hoewel het hof vraagtekens zet bij de uitleg die de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft gegeven aan zijn computergedrag, is het hof van oordeel dat niet wettig en overtuigend kan worden bewezen dat de verdachte de kinderpornografische afbeeldingen, die op de computer van de

verdachte zijn aangetroffen en blijkens politieonderzoek waren opgeslagen in het zogenaamde cachegeheugen, opzettelijk in zijn bezit heeft gehad, nu het hof van oordeel is dat de niet-geëigende plek waar de bestanden zijn aangetroffen en de relatief geringe hoeveelheid van het aangetroffen materiaal niet wijzen op het opzettelijk bezit van kinderporno.

Gelet op het vorenstaande kan niet bewezen worden verklaard dat verdachte het opzet heeft gehad op het bezit van dat materiaal.

Het enkel bekijken van kinderpornografische afbeeldingen is door de wetgever niet strafbaar gesteld en anders dan de advocaat-generaal kennelijk meent is in deze niet aan de orde dat de verdachte zich met gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk toegang heeft verschaft tot een verzameling kinderpornografie die niet op zijn eigen computer is opgeslagen.

Naar het oordeel van het hof kan dan ook evenmin bewezen worden verklaard dat de verdachte door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft tot kinderpornografisch materiaal.

Naar 's hofs oordeel dient de verdachte derhalve van het hem onder 2 tenlastegelegde te worden vrijgesproken.'

(...)

2.4. Met ingang van 1 januari 2010 is art. 240b Sr verruimd en is in dit artikel – naast onder meer het bezit van, kort gezegd, kinderporno – het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot kinderporno strafbaar gesteld. Blijkens de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis is met die wijziging van art. 240b Sr beoogd strafbaarstelling mede toe te snijden op gevallen waarin sprake is van het door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst kunnen beschikken over en kunnen bekijken van kinderporno, zonder dat tevens sprake is van 'bezit' als bedoeld in art. 240b Sr omdat het kinderpornografische materiaal niet door de betrokkene wordt opgeslagen. Het enkele bekijken van kinderporno is door de wetgever evenwel niet strafbaar gesteld.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat sprake is van 'zich toegang verschaffen' als de verdachte een gedraging verricht die is gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno, bijvoorbeeld door het bezoeken van kinderpornografische websites. Het opzet van de verdachte dient, al dan niet in voorwaar-

delijke vorm, te zijn gericht op het verkrijgen van die toegang.

2.5. In de onder 2.2.2 weergegeven overweging ligt als oordeel van het Hof besloten dat voor bewezenverklaring van het bestanddeel ‘zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft’ uit de bewijsmiddelen moet blijken dat gebruik is gemaakt van technologische middelen zoals ‘versleuteling of een besloten computernetwerk’. Dat oordeel getuigt – gelet op de onder 2.3 weergegeven totstandkomingsgeschiedenis – van een te beperkte en dus onjuiste uitleg van art. 240b, eerste lid, Sr.

2.6. Het middel slaagt.’

13.5 Hoge Raad 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:220, NJ 2017/259

m.nt. E.J. Dommering

‘3.1. Het middel komt op tegen het door het Hof gegeven ontslag van alle rechtsvervolgning en klaagt in het bijzonder over de juistheid en de begrijpelijkheid van het oordeel van het Hof dat niet sprake is van een zodanig dringende maatschappelijke noodzaak als bedoeld in art. 10, tweede lid, EVRM dat de verdachte veroordeeld dient te worden voor handelen in strijd met art. 137e, eerste lid, Sr wegens het ter verspreiding in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf*.

(...)

3.4. Het Hof heeft in de onderhavige zaak bewezenverklaard dat de verdachte heeft gehandeld in strijd met art. 137e Sr. Bewezenverklaard is dat de verdachte exemplaren van ‘*Mein Kampf*’ ter verspreiding in voorraad had waarin naar hij wist uitlatingen staan die voor Joden beledigend zijn en die aanzetten tot haat en discriminatie van Joden. Die bewezenverklaring staat in cassatie niet ter discussie.

3.5. Het gaat in cassatie alleen om de uit art. 10, tweede lid, EVRM voortvloeiende vervolgvraag of in het onderhavige geval een in de wet voorziene beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting door de verdachte ter zake van deze bewezenverklaring te veroordelen ‘in een democratische samenleving noodzakelijk’ is. Bij de beoordeling van deze noodzaak om in te grijpen in de vrijheid van meningsuiting zijn de bijzondere omstandigheden van het geval van belang. Bij die beoordeling kan gewicht worden toegekend aan de wisselwerking tussen de aard van de uitlating of informatie en het mogelijke

effect dat die uitlating of informatie sorteert alsmede aan de context waarbinnen zo een uitlating is gedaan of informatie is verstrekt (vgl. EHRM 15 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015: 1015JUD002751008, *Perincek v. Switzerland* [GC], para 220).

Uitlatingen of andere informatieverstrekingen gericht tegen de aan het EVRM ten grondslag liggende waarden kunnen overigens, bij wijze van uitzondering en in extreme gevallen, de bescherming van art. 10 EVRM ontberen op grond van art. 17 EVRM.

3.6. Het Hof heeft geoordeeld dat een veroordeling van de verdachte voor het ter verspreiding in voorraad hebben van enkele antiquarische exemplaren niet noodzakelijk is in de in art. 10, tweede lid, EVRM bedoelde zin, omdat zo een veroordeling onevenredig zou zijn in verband met het te beschermen doel van de beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting.

Daarbij heeft het Hof vooropgesteld dat het boek

Mein Kampf in het kader van het maatschappelijk debat over antisemitisme en de bestrijding daarvan, gezien de inhoud en symboolwerking van het boek, van belang is als een van de historische bronnen van het antisemitische gedachtegoed. Voorts heeft het Hof – kort gezegd – in aanmerking genomen dat het ging om enkele, louter originele exemplaren uit de jaren dertig van de vorige eeuw, dat de verdachte heeft verklaard dat hij deze exemplaren slechts met het oog op de historische betekenis ter verspreiding in voorraad had en deze verkoopt aan belangstellenden voor historische exemplaren. Het Hof heeft in dit verband ook vastgesteld dat niet is gebleken dat de verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert. Daarnaast heeft het Hof geconstateerd dat de tekst van het boek *Mein Kampf* in bibliotheken en op internet reeds vrijelijk beschikbaar is en dat al geruime tijd in binnen- en buitenland, met het oog op het belang van de vrije meningsuiting, het debat wordt gevoerd over de (wijze van) (vrije) verkoop en verspreiding van het boek.

3.7. Op basis van deze – met de waardering van de concrete feitelijke omstandigheden samenhangende – weging van de omstandigheden van het geval heeft het Hof tegen de achtergrond van hetgeen in 3.5 is vooropgesteld zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting kunnen oordelen dat ‘geen sprake [is] van een zodanig dwingende behoefte als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van het EVRM, dat de verdachte voor het in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* in de bewezenverklarde periode veroordeeld dient te worden’. Dat oordeel is, ondanks het antisemitische karakter van het boek,

op grond van de door het Hof in aanmerking genomen overige feiten en omstandigheden en mede gelet op de context waarbinnen de gedraging van de verdachte plaatsvond, niet onbegrijpelijk.

3.8. Het middel is tevergeefs voorgesteld.’

13.6 Hoge Raad 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579, NJ 2017/290 m.nt. P.A.M. Mevis

‘2.3.1. De tenlastelegging is toegesneden op art. 248a Sr. Dit artikel luidt:

‘Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.’

2.3.2. De in deze bepaling genoemde leeftijd betreft de daadwerkelijke leeftijd van de persoon die wordt bewogen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen te dulden.

2.4.1. Het Hof heeft een poging tot het plegen van het misdrijf van art. 248a Sr bewezenverklaard. Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof onder meer vastgesteld dat

- de verdachte op 10 juni 2011 via een bericht op de webpagina Hyves in de contactgroep Ponypark Citysite, die was bedoeld voor kinderen tot twaalf jaren, aan de tienjarige [betrokkene 1] heeft gevraagd of zij wel eens een piemel had gezien en of zij daar wel eens aan zou willen zitten;
- de verdachte later op diezelfde dag in een chatgesprek via het MSN-account van [betrokkene 1] heeft gevraagd om wat foto's van zichzelf te maken waarbij zij een beetje met haar beentjes wijd moest gaan zitten en een strak hemdje aan moest doen zodat de verdachte haar tietjes een beetje zou zien en hem vervolgens die foto's toe te sturen, waarvoor de verdachte een geldbedrag van € 100,- in het vooruitzicht heeft gesteld;
- op het moment dat de verdachte laatstgenoemde vragen stelde, de vader van [betrokkene 1] achter de computer zat en zich uitgaf voor [betrokkene 1].

2.4.2. Gelet op deze vaststellingen geeft het kennelijke oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte een strafbare poging opleveren omdat zij naar de uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het delict dat bestaat in het opzettelijk bewegen van een persoon waarvan de verdachte redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, tot het plegen van ontuchtige handelingen en dat die gedragingen dus moeten worden aangemerkt als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf van art. 248a Sr, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dat oordeel ook toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen het korte tijdsverloop en het nauwe verband tussen het bericht van de verdachte op de webpagina Hyves aan de tienjarige [betrokkene 1] en het vervolgens door hem gevoerde chatgesprek via het MSN-account van [betrokkene 1] met haar vader onder haar naam.'

13.7 Hoge Raad 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644, NJ 2017/277

m.nt. T. Kooijmans

‘2. Aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwing

2.1. Bij een vermogensdelict als diefstal kan de rechter door de in de ten-lastelegging aangebrachte keuzes voor de vraag worden gesteld of de verdachte zelf dat vermogensdelict heeft gepleegd dan wel of hij nadien daarbij (ook) op een strafbare wijze betrokken is geweest. Die vraag rijst in het bijzonder in die gevallen waarin de bewijsmiddelen vooral duiden op het voorhanden hebben van een voorwerp (kort) nadat met betrekking tot dit voorwerp een vermogensdelict is gepleegd.

2.2. Bij de beantwoording van de vraag of iemand zich heeft schuldig gemaakt aan het plegen van diefstal kan aan het enkele voorhanden hebben van een gestolen voorwerp niet zonder meer de conclusie worden verbonden dat de betrokkene dat voorwerp ook heeft gestolen. Voor de beoordeling van de betekenis die aan dat voorhanden hebben moet worden gehecht, zijn de feiten en omstandigheden van het geval van belang (vgl. HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, NJ 2010/475). Bij die beoordeling kan een rol spelen of de betrokkene een aannemelijke verklaring heeft gegeven voor dat voorhanden hebben. De omstandigheid dat hij weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden ter zake van het voorhanden hebben van het voorwerp, kan op zichzelf – mede gelet op het bepaalde in art. 29, eerste lid, Sv – niet tot het bewijs bijdragen. Dat brengt echter niet mee dat de

rechter in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal niet zou mogen betrekken dat de verdachte voor zo'n omstandigheid als het voorhanden hebben van het voorwerp – welke omstandigheid op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend kan zijn voor het bewijs van het aan hem tenlastegelegde feit – geen aannemelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven (vgl. HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, NJ 1997/584).

2.3.1. In geval van betrokkenheid van de verdachte na het vermogensdelict kan heling in beeld komen. Daarbij geldt wel dat krachtens het begrip van heling – een begunstigingsmisdrijf – moet worden aangenomen dat de omstandigheid dat iemand een helingshandeling als genoemd in art. 416 of art. 417bis Sr verricht ten aanzien van een voorwerp dat hij zelf als pleger of als medepleger door enig misdrijf heeft verkregen, aan de kwalificatie heling in de weg staat. Indien dit laatste met voldoende concretisering ten verwe is aangevoerd en uit het onderzoek ter terechtzitting aannemelijk wordt, is kwalificatie als heling uitgesloten.

Kwalificatie als heling is tevens uitgesloten indien de in de bestreden uitspraak gebezigde bewijsvoering dwingt tot de gevolgtrekking dat het de verdachte zelf is geweest die als pleger of als medepleger het desbetreffende voorwerp door misdrijf heeft verkregen. Indien zij niet dwingt tot die gevolgtrekking – ook al laat zij die mogelijkheid wel open –, heeft de rechter de mogelijkheid dat het de verdachte zelf is geweest die als pleger of als medepleger het desbetreffende voorwerp door misdrijf heeft verkregen, kennelijk niet aannemelijk geoordeeld. Dat is een feitelijk oordeel dat in cassatie niet snel onbegrijpelijk zal worden geoordeeld. In dat verband kan van belang zijn of door of namens de verdachte in feitelijke aanleg op die – aan een veroordeling ter zake van heling in de weg staande – omstandigheid een voldoende geconcretiseerd beroep is gedaan. (Vgl. bijvoorbeeld HR 1 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8800, NJ 2006/424.)

Van belang is ook dat voor een bewezenverklaring van opzet- of schuld-heling dient te worden vastgesteld dat de verdachte 'ten tijde van' bijvoorbeeld het voorhanden 'krijgen' wist dan wel redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het een 'door misdrijf verkregen goed' betrof. Daarbij kan onder omstandigheden een rol spelen of de verdachte een aannemelijke verklaring heeft gegeven met betrekking tot het voorhanden hebben van het voorwerp.

2.3.2. In geval van betrokkenheid na het vermogensdelict kan ook witwassen in beeld komen. Daar geldt de voor heling bestaande kwalificatie-uitsluitingsgrond ten aanzien van een eigen misdrijf niet (vgl. HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7923, NJ 2008/16), terwijl opzet en schuld niet zijn gekoppeld aan het moment van het voorhanden krijgen van het voorwerp. Wel is van belang dat niet elke gedraging die in de art. 420bis, eerste lid, en 420quater, eerste lid, Sr is omschreven, ongeacht de omstandigheden, de kwalificatie (schuld)witwassen rechtvaardigt. In het bijzonder indien een verdachte een ‘onmiddellijk’ uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp heeft ‘verworven’ of ‘voorhanden heeft gehad’, worden bepaaldelijk eisen gesteld aan de motivering van het oordeel dat sprake is van (schuld)witwassen. Uit die motivering moet dan kunnen worden afgeleid dat de verdachte het voorwerp niet slechts heeft verworven of voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.

Bij de beoordeling van de begrijpelijkheid van de beslissing omtrent de kwalificeerbaarheid als (schuld)witwassen in verband met in het bijzonder de ‘onmiddellijke’ afkomst uit eigen misdrijf, kan onder meer van belang zijn hetgeen door of namens de verdachte met voldoende concretisering is aangevoerd met betrekking tot dit verwerven of voorhanden hebben door eigen misdrijf. (Vgl. met verdere verwijzingen HR 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:888, rov. 3.3.1 en 3.3.2 en HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3028, NJ 2016/82).

Deze kwalificatie-uitsluitingsgrond geldt niet voor het ‘eenvoudig (schuld)witwassen’ als bedoeld in de – op 1 januari 2017 in werking getreden – art. 420bis.1 en 420quater.1 Sr (vgl. HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842).’

13.8 Hoge Raad 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:888, NJ 2017/367

m.nt. F. Vellinga-Schoonstra

‘2.2.2. Het bestreden arrest houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

‘Strafbaarheid van het bewezen verklaarde

De raadvrouw heeft ten aanzien van de feiten 1 en 2 een beroep gedaan op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid en ontslag van alle rechtsvervolgning bepleit. Zij heeft hiertoe aangevoerd dat – kort gezegd – de verdachte (het hof begrijpt: enkel) heeft gehandeld uit humanitaire motieven. Het hof overweegt in dit verband dat zo al enkel sprake zou zijn van han-

delen uit humanitaire overwegingen, dit op zichzelf nog niet tot gevolg heeft dat in de onderhavige situatie de materiële wederrechtelijkheid van het thans bewezen geachte ontbreekt. Daarbij wordt nog opgemerkt dat de verdachte ook op legale wijze had kunnen trachten [betrokkene 1] en [betrokkene 3] naar Nederland te laten komen en dat niet op voorhand elke mogelijkheid daartoe ontbrak. Het verweer wordt verworpen.

(...)

Strafbaarheid van de verdachte

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsvrouw van de verdachte ten aanzien van de feiten 1 en 2 betoogd – kort gezegd – dat de verdachte handelde uit psychische overmacht, als gevolg waarvan verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging. Daartoe heeft de raadsvrouw aangevoerd dat de hulp van verdachte aan familie louter uit medemenselijkheid is gebeurd en er door de vriendin van de zoon van verdachte een zeer dringend en dwingend beroep op haar hulp werd gedaan dat maakte dat niet van haar verlangd kon worden dat ze daartegen weerstand zou bieden.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Het hof stelt voorop dat voor een beroep op psychische overmacht sprake moet zijn van een van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijs geen weerstand kon en ook niet behoefde te bieden.

Er zijn geen omstandigheden aannemelijk geworden die inhouden dat er voor de verdachte geen geschikte alternatieven voorhanden waren om de vriendin van haar zoon en haar neef te helpen. Bovendien bevonden zij zich niet in een acute levensbedreigende situatie waarin van verdachte niet anders gevergd kon worden dan zij heeft gedaan. Het hof stelt vast dat daartoe niets concreets is aangevoerd. Verder zijn er geen feiten of omstandigheden door de raadsvrouw aangevoerd of anderszins aannemelijk geworden die het door verdachte nagestreefde doel rechtvaardigen. Het verweer wordt verworpen.’

2.3. Deze oordelen van het Hof geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn niet onbegrijpelijk en, mede gelet op hetgeen door de verdediging is aangevoerd, toereikend gemotiveerd. De omstandigheid dat in de geschiedenis van de totstandkoming van art. 197a Sr aan de orde is gesteld dat humanitaire overwegingen de aanleiding kunnen vormen voor straffeloosheid, noopte het Hof – anders dan waarvan het middel uitgaat – niet tot nadere motivering van zijn oordelen.

Het middel faalt.

2.4.1. De Hoge Raad ziet aanleiding om nog enkele algemene opmerkingen te maken over een beroep op de niet-strafbaarheid van (de verdachte van) mensensmokkel vanwege handelen op ideële en humanitaire gronden.

(...)

2.4.5. Handelen op humanitaire gronden kan, indien het Openbaar Ministerie heeft geoordeeld dat het opportuun is te vervolgen, derhalve onder omstandigheden op grond van een algemene strafuitsluitingsgrond in de weg staan aan de strafbaarheid van de in art. 197a Sr omschreven mensensmokkel of van de dader daarvan. Daarbij kan vooral worden gedacht aan noodtoestand, waarbij – in het algemeen gesproken – de pleger van het feit, staande voor de noodzaak te kiezen uit onderling strijdige plichten en belangen, de zwaarstwegende heeft laten prevaleren. In bijzondere gevallen zou ook denkbaar kunnen zijn een beroep op psychische overmacht waarvoor sprake moet zijn van een van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijze geen weerstand kon en ook niet behoefde te bieden.

Of een beroep op een dergelijke strafuitsluitingsgrond kan worden aanvaard hangt af van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Mede gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling kan in het bijzonder worden gedacht aan gevallen van humanitaire bijstand zonder enig oogmerk van eigen bevoordeling aan een vreemdeling van wie aannemelijk is dat hij in een zijn leven of veiligheid bedreigende noodsituatie verkeert en aan wie bij zijn vlucht redelijkerwijze niet op andere wijze hulp kan worden geboden dan door hem wederrechtelijk over de grens met Nederland te brengen of in Nederland verder te brengen.’

13.9 Hoge Raad 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, NJ 2017/339 m.nt. P.A.M. Mevis

‘2.4. Het Hof heeft het in het middel bedoelde verweer als volgt samengevat en verworpen:

‘Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid

Standpunt van de verdediging

Namens verdachte is aangevoerd dat verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolgung vanwege het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.

Verdachte heeft de tenlastegelegde gedragingen verricht in het kader van een behoorlijke bedrijfsvoering van de hennepkwekerij, die uitsluitend voorzag in de bevoorrading van een tweetal gedoogde coffeeshops.

In de samenleving wordt het handhaven van het volledige verbod op de

teelt van hennep naast het bestaande gedoogbeleid ten aanzien van de verkoop van henneproducten als hypocriet ervaren. Doordat verdachte onder strikte voorwaarden en in alle openheid hennep heeft geteeld dient zij dezelfde doelen zoals die worden nagestreefd met het gedoogbeleid ten aanzien van de verkoop in coffeeshops.

(...)

Standpunt van het hof

Het hof stelt voorop dat het aan de wetgever is om te bepalen welke gedragingen (nog) wel en welke niet (meer) strafbaar gesteld moeten worden. Ook is het primair aan de wetgever om te bepalen in welke gevallen, ondanks dat naar de letter een strafbepaling is overtreden, toch geen sprake van strafbaarheid zal zijn. Daartoe zijn in het wetboek van strafrecht de strafuitsluitingsgronden opgenomen.

Niettemin hebben zich buiten dit wettelijke systeem om, in de rechtspraak een aantal strafuitsluitingsgronden ontwikkeld en één daarvan is het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid waarop in de onderhavige zaak een beroep wordt gedaan.

Van het ontbreken van de materiële wederrechtelijk zou kunnen worden gesproken – kort gezegd – als er zich een situatie voordoet, waarvan kan worden gezegd dat de maatschappelijke ontwikkelingen over de strafwaardigheid van een strafbaar gesteld feit zodanig zijn veranderd dat het niet meer als een strafbaar feit wordt beleefd en dien ten gevolge strafoplegging door de samenleving in brede zin als onrechtvaardig wordt ervaren.

Toegespitst op deze zaak, kan worden vastgesteld dat in de Opiumwet het verkopen en telen van hennep strafbaar is gesteld en dat daar in de Opiumwet geen uitzonderingen op zijn gemaakt behoudens de hier niet aan de orde zijnde uitzonderingen in de artikelen 4 en 6 van de Opiumwet.

Wel heeft zich in de handhaving van dat absolute verbod een verschil in beleid ontwikkeld tussen enerzijds de verkoop van henneproducten en anderzijds het telen van hennep.

In de kern zit dat verschil in het feit dat de wetgever de verkoop van henneproducten onder strikte voorwaarden gedoogt in die verkoopgelegenheden die daartoe een zogenoemde gedoogvergunning hebben verkregen terwijl het de teelt van henneproducten onverkort onder het absolute verbod laat vallen.

Dit verschil in benadering van de verkoop enerzijds en het telen van hennep anderzijds staat tot op zekere hoogte op gespannen voet met elkaar en is daarom dan ook al gedurende vele jaren een bron van discussie. Het hof acht

die discussie bekend, (zodat het ervan afziet die discussie hier weer te geven).

De vraag die thans naar voren wordt gebracht is dat de verdachte zich op het standpunt stelt dat deze brede maatschappelijke discussie thans zo ver is gevorderd dat het telen van hennep niet langer strafbaar geacht moet worden.

Het is hier van belang vast te stellen dat verdachte zich niet op het standpunt heeft gesteld dat elke vorm van hennepteelt toegestaan zou moeten worden, doch slechts als aan een aantal voorwaarden is voldaan, waarbij derhalve wordt aangesloten bij een gedoogregeling gelijkend op die geldt voor de verkoop van henneproducten.

Zoals eerder aangegeven heeft verdachte zich bij haar teelt gehouden aan een aantal voorwaarden, en tevens kan hier worden vastgesteld dat zij zich daarmee in belangrijke mate onderscheidt van de hennepteelt zoals die gewoonlijk aan het oordeel van de rechter wordt voorgelegd.

De vraag is echter of dat voldoende is om het beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid te kunnen doen.

Het hof is van oordeel dat zulks niet het geval is.

Zoals eerder aangegeven gaat het bij het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid om een strafuitsluitingsgrond die buiten de reikwijdte van de wet om is ontwikkeld. Dat brengt grote terughoudendheid met zich mee bij de toepassing van deze strafuitsluitingsgrond. Met andere woorden, slechts in zeer bijzondere gevallen heeft een zodanig beroep kans van slagen.

Toegespitst op deze zaak zou, wil een zodanig beroep enige kans van slagen hebben, in de eerste plaats onomstotelijk vast moeten komen te staan dat de voorwaarden, waaronder de hennepteelt gedoogd zou kunnen worden, het resultaat zijn van een breed gevoerd en uitgekristalliseerd maatschappelijk debat, anders gezegd, er moet vast staan dat er een hoge mate van maatschappelijke consensus is over de voorwaarden waaronder de hennepteelt gedoogd zou kunnen worden.

Verdachte is er niet in geslaagd het hof er van te overtuigen dat de voorwaarden waar zij zich aan heeft gehouden het resultaat zijn geweest van een zodanig debat en ook overigens is het hof daarvan niet gebleken, zodat het verweer van verdachte hierom wordt verworpen.'

2.5. Het middel berust op de opvatting dat aan de bewezenverklaarde gedragingen – kort gezegd: het bedrijfsmatig telen van hennep, meermalen gepleegd – de wederrechtelijkheid ontvalt doordat die hennepteelt uitsluitend plaatsvindt volgens een verantwoord, niet op winstbejag gericht productie-

proces ten behoeve van de levering aan gedoogde coffeeshops, waarbij onder meer verschuldigde belasting wordt betaald, goede kwaliteit wordt geleverd en geen overlast wordt veroorzaakt. Die opvatting is onjuist. De omstandigheid dat de vraag of de levering van hennep aan gedoogde coffeeshops onder bepaalde (vergunnings-)voorwaarden gedoogd zou kunnen worden onderwerp is van maatschappelijk en politiek debat, leidt niet tot een ander oordeel.

2.6. Het middel faalt.’

13.10 Gerechtshof Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382

‘Procesgang

In eerste aanleg is de verdachte vrijgesproken van het onder 1 (zowel primair als subsidiair) en 2 ten laste gelegde.

De officier van justitie heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.

Tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

1. primair:

hij op een (of meer) tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 mei 2008 tot en met 27 juni 2009 te ‘s Gravenhage, in elk geval in Nederland, (telkens) opzettelijk heeft mishandeld:

[Aangever 1] en/of [Aangever 2] en/of [Aangever 3] en/of [Aangever 4] en/of [Aangever 5] en/of [Aangever 6] en/of [Aangever 7] en/of [Aangever 8] en/of [Aangever 9] en/of [Aangever 10] (hierna te noemen: patiënt(en))

met wie verdachte en/of de [Kliniek Nederland] een geneeskundige behandelingsovereenkomst had gesloten,

door bij (één of meerdere van de) voornoemde patiënt(en) een (of meer) (plastische en/of cosmetische) chirurgische/medische ingre(e)p(en) uit te voeren,

waarbij hij, verdachte, niet, althans onvoldoende, heeft gehandeld als goed hulpverlener en/of daarbij niet, althans onvoldoende, in overeenstemming heeft gehandeld met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, zoals omschreven in artikel 7:453 BW, en aldus geen beroep of aanspraak (meer) kon en/of kan doen op de ‘medische exceptie’.

(...)

Het vonnis waarvan beroep

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven omdat het hof zich daarmee niet verenigt.

(...)

Bewezenverklaring

Het hof acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het onder 1 primair ten laste gelegde heeft begaan.

(...)

Nadere bewijsoverwegingen

(...)

Uit de gebezigde bewijsmiddelen leidt het hof af dat:

- de chirurgische ingrepen niet plaatsvonden in een daarvoor geschikte operatiekamer;
- onvoldoende zorg werd gedragen voor de reiniging en desinfectie van de operatieruimten, het meubilair, de medische hulpmiddelen en de (in veel gevallen gebruikte) mamma-navigator;
- onvoldoende gebruik werd gemaakt van bevoegd en/of bekwaam assistend personeel bij deze ingrepen;
- de chirurgische ingrepen werden uitgevoerd onder sedatie, waarbij de vereiste randvoorwaarden ontbraken;
- de wijze van statusvoering en verslaglegging onvoldoende was;
- in strijd werd gehandeld met het vereiste ‘informed consent’;
- gebruik werd gemaakt van een apparaat (de mamma-navigator) dat niet past binnen de geldende professionele standaard;
- onvoldoende werd voorzien in nazorg;
- geen brononderzoek werd gedaan, nadat meerdere patiënten zich met ‘afstotingsverschijnselen’ hebben gemeld.

Het hof overweegt dat nu de verdachte aldus niet heeft gehandeld conform de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, zoals omschreven in artikel 7:453 Burgerlijk Wetboek, hij zich niet heeft gedragen als goed hulpverlener. Gelet hierop komt hem geen beroep of aanspraak op de medische exceptie toe.

(...)

Strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het onder 1 primair bewezen verklaarde levert op:
mishandeling, terwijl het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, meermalen gepleegd.

Strafbaarheid van de verdachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van de verdachte uitsluit. De verdachte is dus strafbaar.

BESLISSING

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

(...)

verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen dat de verdachte het onder 1 primair ten laste gelegde heeft begaan;

(...)

verklaart het onder 1 primair bewezen verklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart de verdachte strafbaar;

veroordeelt de verdachte tot een *gevangenisstraf* voor de duur van 2 (*twee*) jaren;

bepaalt dat een gedeelte van de gevangenisstraf, groot 1 (*één*) jaar, niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten omdat de verdachte zich voor het einde van een proeftijd van 3 (*drie*) jaren aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt of de verdachte gedurende de proeftijd van 3 (*drie*) jaren dan wel de hierna te noemen bijzondere voorwaarde(n) niet heeft nageleefd;

stelt als bijzondere voorwaarde dat:

de verdachte gedurende de proeftijd *geen medische (be)handelingen* verricht'

7.1 Inleiding

In diverse recente strafzaken zijn verweren gevoerd die uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid beoogden. Dat einddoel werd langs verschillende wegen en ingangen getracht te bereiken, waarbij een rol was weggelegd voor het achterliggende, te beschermen rechtsgoed. Onder deze gemeenschappelijke noemer kunnen in deze rubriek verschillende ingangen worden besproken, op hun eigen merites worden beoordeeld en met elkaar worden vergeleken. Zo kan met betrekking tot het arrest onder 13.6, de vraag worden opgeworpen of sprake is van een strafbare poging als het achterliggende, te beschermen rechtsgoed mogelijk niet meer *kan* worden gekrenkt. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest onder 13.9, is betoogd dat sprake is van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Met dat verweer wordt de vraag opgeworpen of een gedraging, die de belangen die door de norm van de Opiumwet (juist) worden beschermd, nastreeft, strafwaardig kan worden geacht.

Veelal zien verweren op de feitelijke gebeurtenissen en de omstandigheden waaronder de verdachte handelde. In mindere mate komen verweren aan de orde die zien op de reikwijdte van de strafbepaling en (daarmee) op de vraag of daadwerkelijk het achterliggende, te beschermen rechtsgoed (gerechtvaardigd) wordt gekrenkt door het handelen van de verdachte. Toch laat de verzameling aan uitspraken in deze rubriek zien dat de vraag hoe omgegaan dient te worden met handelingen die wel vallen onder een delictsomschrijving, maar waarvoor die delictsomschrijving niet geschreven lijkt te zijn, met enige regelmaat en op verschillende manieren speelt. In deze rubriek staat de vraag centraal in hoeverre de strafrechter rekening houdt c.q. dient te houden of kan houden met het te beschermen rechtsgoed bij de toepassing of beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering.

Op basis van de hiervoor opgenomen jurisprudentie worden hierna enige algemene beschouwingen geformuleerd die vervolgens nader worden toegepast op (jurisprudentie betreffende) actuele maatschappelijke thema's. Die uiteenlopende maatschappelijke thema's illustreren de pijnpunten die kunnen spelen binnen de relatie tussen delictsomschrijvingen en rechtsgoederen. Dit betreffen pijnpunten waar zowel de wetgever als de strafrechter in de rechtsvorming bij betrokken zijn. Hoewel het doel van de onderhavige bij-

drage is om een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre de strafrechter rekening houdt c.q. dient te houden of kan houden met het te beschermen rechtsgoed bij de door hem te maken beoordelingen en te nemen (materiële) beslissingen, valt op voorhand reeds te zeggen dat op die vraag geen allesomvattend en eenduidig antwoord bestaat. Wel kunnen op basis van de bevindingen enkele aspecten en overwegingen worden uitgelicht die – zeker in het kader van (de rechtsvorming betreffende) maatschappelijke thema's – van belang zijn. De thema's die in bovenstaande jurisprudentie aan de orde zijn, illustreren het belang van de thematiek van deze rubriek.

7.2 Rechtsgoederen en de relatie tot de strafbepaling

Strafbepalingen zijn er niet zonder grond. De wetgever heeft bepaalde ongewenste gedragingen strafbaar willen stellen om belangen of rechtsgoederen te beschermen. Aan de hand van die rechtsgoederen zijn de strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht gerangschikt. Een aanwijzing omtrent welk rechtsgoed met een specifieke strafbepaling wordt beschermd is terug te vinden in de benaming van de betreffende titel van het Wetboek van Strafrecht, waarin de strafbepaling is opgenomen.

Naast deze groeperingsfunctie worden aan het rechtsgoed een legitimeringsfunctie en een interpretatieve functie toegedicht. Het uitgangspunt is dat de overheid slechts mag ingrijpen in de vrijheden van burgers als daarmee een concreet rechtsgoed wordt beschermd. Voorts, en in lijn met het voorgaande, vormt het rechtsgoed een belangrijke factor bij de interpretatie en de uitleg van de wet.²⁷⁰ Deze beide functies vormen de ingang naar de bespreking van de rechtspraak in deze rubriek. In alle geselecteerde zaken rijst namelijk de (overkoepelende) vraag of een gedraging die beantwoordt aan de bestanddelen van een delictsomschrijving, maar die geen rechtsgoedkrenking teweegbrengt, per definitie niet strafbaar moet worden geacht en, zo ja, langs welke wegen en modaliteiten straffeloosheid in een concreet geval dan kan worden bereikt.

Er is heel wat voor te zeggen het eerste deel van die vraag positief te beantwoorden. Strijards heeft betoogd dat een (strafrechtelijk relevante) handeling

²⁷⁰ Zie over de kwestie hoe deze functies zich tot elkaar verhouden: A.J. Machielsse, 'Enige opmerkingen over het rechtsgoed', *DD* 1979, p. 24-43.

een schending van het door de strafwet beschermde rechtsgoed inhoudt.²⁷¹ Nieboer beschouwt een strafrechtelijke gedraging als een blijk van niet-nakoming van de zorgplicht om een bepaald door de strafwet veiliggesteld rechtsgoed *niet* te schenden.²⁷² *A contrario* kan uit deze gedachtegangen worden geredeneerd wat Schaffmeister en Heijder naar voren hebben gebracht: gedrag dat niet het door de norm beschermde belang schendt, valt niet onder gedrag dat door de wetgever strafbaar wordt geacht en valt daarmee buiten de grenzen van de delictsomschrijving.²⁷³ De hier opgenomen jurisprudentie laat in elk geval zien dat aandacht voor het achterliggende rechtsgoed aangewezen is. In het navolgende wordt in kaart gebracht op welke wijzen het te beschermen rechtsgoed van invloed *kan* zijn bij uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

7.3 Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid

De in deze rubriek besproken, hiervoor opgenomen beslissingen betreffen, zoals reeds opgemerkt, verschillende maatschappelijke thema's, waaronder zeden, medisch strafrecht en hennepsteelt. Binnen die uiteenlopende thema's is een overkoepelende rode draad waar te nemen. De hier geselecteerde zaken laten namelijk verschillende manieren zien die elk eenzelfde gevolg (kunnen doen) realiseren: uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Over de band van de bewijsvraag, de kwalificatievraag²⁷⁴ en de strafbaarheidsvragen kan de rechter, het te beschermen rechtsgoed indachtig, aansturen op en concluderen tot niet-strafwaardigheid dan wel niet-strafbaarheid. Voordat we toekomen aan een nadere uitwerking van de uit de geselecteerde rechtspraak voortvloeiende, meer afzonderlijke thema's, wordt eerst aan de hand van deze

²⁷¹ G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 50.

²⁷² W. Nieboer, 'Verzuim', in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten en Th.W. van Veen, *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 455.

²⁷³ D. Schaffmeister & A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: E. André de la Porte, W.M.A. Bremmer, R.A.V. van Haersolte, J. Remmelink & S.A.M. Stolk-wijk (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 457. Vgl. in dezen ook de conclusie van A-G Langemeijer bij het Sigaretten-arrest, HR 6 oktober 1949, NJ 1950/178: een type handeling dat geen nadelige gevolgen heeft voor het door de wetbepaling beschermde belang, kan interpretatiegewijs buiten het tekstuele bereik van de strafbepaling worden gehouden.

²⁷⁴ De kwalificatievraag omvat mede de toets aan dwingend internationaal recht. Op de voet van artikel 93 en 94 Grondwet kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden uitgesloten. In paragraaf 4.4 zal hieraan, en aan het EVRM in het bijzonder, nadere aandacht worden besteed.

arresten, met verwijzing naar bestaande literatuur, het overkoepelend (theoretisch) deel beschreven.

7.3.1 Delictsbestanddeelniveau

De strafrechter die op grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting beraadslaagt over de vraag of bewezen is dat het feit door de verdachte is begaan, dient na te gaan of de aan de delictsomschrijving ontleende, in de tenlastelegging overgenomen bestanddelen uit de tenlastelegging zijn vervuld. Daarbij is interpretatie van die wettelijke bestanddelen aan de orde dan wel kan de rechter zich daartoe ruimte verschaffen. Bij de uitleg van de (te bewijzen) delictsbestanddelen heeft de strafrechter zich in het verleden, in verschillende klassieke zaken, van zijn meest creatieve kant laten zien. Zo werd in de *Crematie*-arresten²⁷⁵ geoordeeld dat een *gebod* om te begraven niet per definitie inhoudt een *verbod* om te cremen. Bovendien werd in de wettelijk regeling (er was sprake van gelede normstelling) niet aangewezen welke persoon belast is met de zorg voor het begraven, waardoor geen sprake was van strafrechtelijke aansprakelijkheid van cremen als strafbaar ‘niet zorgen dat begraven wordt’.²⁷⁶ In het JAC-arrest²⁷⁷ werd geoordeeld dat geen sprake is van het ‘opzettelijk een minderjarige die zich heeft onttrokken aan het wettig over haar gesteld gezag aan de nasporingen van de ambtenaren der politie onttrekken’ nu de jeugdhulpverlener een vanwege moeilijkheden van huis weggelopen meisje tijdelijk in een ander gezin onderbracht, geregeld contact liet plaatshebben tussen de verschillende betrokkenen en het meisje na zeven weken weer liet terugkeren naar het ouderlijk huis. De voorbeeldige wijze van professionele hulpverlening, die was gericht op herstel van de relatie tussen ouder en kind, leverde geen onttrekking op als bedoeld in de oude bepaling van artikel 280 van het Wetboek van Strafrecht. In het *Deep Throat*-arrest was volgens de Hoge Raad geen sprake van aanstotelijkheid voor de eerbaarheid in de zin van artikel 240 van het Wetboek van Strafrecht toen een pornofilm werd vertoond in een ruimte die slechts toegankelijk was voor volwassenen die van tevoren waren gewezen op het ‘bijzondere’ karakter van de film.²⁷⁸ Ook in re-

²⁷⁵ HR 1 maart 1915, NJ 1915/663 en HR 1 maart 1915, NJ 1915/665.

²⁷⁶ Mevis spreekt van ‘een loepzuivere toepassing van het rechtsbeschermende aspect van het legaliteitsbeginsel’: P.A.M. Mevis, ‘Over begraven, kraken en euthanasie: rechtsvinding in maatschappelijk gevoelige zaken’, in: G. Knigge (e.a.), *Gehoord de procureur-generaal* (Fokkensbundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 210.

²⁷⁷ HR 11 mei 1976, NJ 1976/538 m.nt. Th.W. van Veen.

²⁷⁸ Kelk en De Jong merken overigens o.i. terecht op dat het niet zozeer iets zegt over de aan-

cente zaken heeft de Hoge Raad rekening gehouden met het achterliggende rechtsgoed bij de beoordeling van de reikwijdte van een concrete strafbepaling. De Hoge Raad heeft dit niet gedaan door in de delictsomschrijving opgenomen bestanddelen creatief te interpreteren, maar door een impliciet bestanddeel in de delictsomschrijving ‘in te lezen’. Een illustratief voorbeeld betreft de jurisprudentie omtrent de reikwijdte van artikel 273f, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht (mensenhandel).²⁷⁹ In de zaak die leidde tot het hierboven onder 13.3 opgenomen arrest van de Hoge Raad werd, door uitbuiting als impliciet bestanddeel van artikel 273f, eerste lid, 1 onder 4 van het Wetboek van Strafrecht te accepteren, de reikwijdte van dit (ruim geredigeerde) artikel beperkt. Of sprake is van uitbuiting hangt volgens de Hoge Raad onder andere af van de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die dat voor het slachtoffer meebrengt en het economische voordeel dat door de tewerksteller wordt behaald. Door deze beperking van de reikwijdte wordt meer recht gedaan aan de daadwerkelijke bescherming van het achterliggende belang van de strafbaarstelling van mensenhandel: het voorkomen van uitbuiting van personen en het bieden van bescherming tegen de aantasting van de lichamelijke en geestelijke integriteit en persoonlijke vrijheid van individuele personen.²⁸⁰

Door stil te staan bij en waarde te hechten aan het achterliggende rechtsgoed, worden normen nader ingevuld, teneinde tot een (maatschappelijk en strafrechtelijk) wenselijke uitkomst te komen. Waar de grens ligt bij dit sturing geven in de richting van een bepaalde, veelal (maatschappelijk) ‘wenselijke’ uitkomst, is een interessant discussiepunt dat in paragraaf 5 nog nader zal worden aangestipt. Belangrijk hierbij is de duiding en interpretatie van de ‘delictsinhoud’ die in de literatuur veelal wordt aangeduid met de Duitse term *Tatbestand*. Een overspanning van die delictsinhoud kan worden getoetst aan de hand van een toets aan het ‘typische’ karakter of de ‘typische’ strekking van de strafbepaling: de *Typizität*.

stotelijkheid, als wel over het vereiste van openbaarheid, C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 132.

²⁷⁹ HR 5 april 2016, NJ 2016/315 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

²⁸⁰ Zie ook S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, ‘Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald’, *DD* 2014/64.

7.3.2 Typizität

In de jaren '30 van de vorige eeuw introduceerde Pompe in zijn noot bij het *Hohner muziekinstrumenten*-arrest van de Hoge Raad, zij het impliciet, de in de Duitse dogmatiek genoemde *Typizität*.²⁸¹ In de casus werd verdachte vervolgd voor oplichting: hij had middels het aannemen van een valse hoedanigheid afgifte van een hem niet toebehorende offerte bewerkstelligd. Hoewel hij hiervan zelf beter werd, was dit niet zijn voornaamste doel. Het ging verdachte er om bevestiging te vinden van zijn vermoeden dat een offerte uitgestuurd was, waarvan de prijs lager lag dan door de Hohner muziekfabrieken aan grossiers toegestaan was. Toch nam de rechter wederrechtelijke bevoordeling aan. Pompe vindt het om deze reden aannemen van een valse hoedanigheid in geen verhouding staan tot de wederrechtelijkheid van het gedrag van de grossier die de offerte uitbracht. Hij heeft kritiek op het feit dat (uitsluitend) wordt getoetst of aan de afzonderlijke bestanddelen van het delict (zoals tenlastegelegd) voldaan is; hij vindt dat er te weinig wordt gekeken naar de kwalificatie van oplichting als geheel. Zoals hij het zelf verwoordt: 'Het geheel is meer dan de som van de deelen. Het geheel bevat immers een structuur van de gezamenlijke deelen, welke in de bijeenvoeging der deelen op zichzelf niet gegeven is.' Om deze reden is Pompe van mening dat de rechter niet slechts moet afgaan op de omschrijving van bestanddelen, maar dat daarnaast ook aandacht geschonken dient te worden aan de samenvattende kwalificatie in een strafbepaling. Een paar jaar later borduurt hij in zijn noot bij het *Gevangenisvoedsel*-arrest verder op deze gedachtegang voort.²⁸² De casus is waarschijnlijk bekend: iemand anders dan de veroordeelde had zich gemeld aan de gevangenispoort om de vrijheidsstraf voor de dader te ondergaan. De aldus onterecht gedetineerde persoon werd vervolgd voor oplichting. Via het voorwaardelijk opzet werd het oogmerk op wederrechtelijke bevoordeling aangenomen: middels een valse hoedanigheid had hij voedsel verkregen waarop hij geen recht had. Ook hier meent Pompe dat wanneer de bestanddelen los van elkaar behandeld worden, zonder daarbij te kijken naar het grotere geheel, de strafbepaling op zichzelf 'wel zoo geperst en gewrongen kan worden, dat ze pasklaar gemaakt worden, maar als men ze in haar geheel beschouwt inderdaad niet voor het geval bestemd is.' Hij duidt dit aan als een overschatting van de tekst, en een onderschatting van de strekking, de *ratio legis*, van het delict. Dit type beslissing

²⁸¹ W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929 (*Hohner muziekinstrumenten*-arrest).

²⁸² W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87 (*Gevangenisvoedsel*-arrest 1).

lijkt op recente jurisprudentie over helen, stelen en witwassen.²⁸³ Bij deze delicten heeft de Hoge Raad, weliswaar om een andere reden, namelijk om dubbele strafbaarheid te vermijden, een soortgelijke constructie als de door Pompe voorgestelde toegepast, door te stellen dat het enkel onmiddellijk uit eigen misdrijf voorhanden hebben van voorwerpen, naast diefstal, niet ook gekwalificeerd kan worden als helen of witwassen. Voor dat laatste moet naar zijn oordeel nadere eisen aan de motivering worden gesteld.²⁸⁴ De term witwassen dient bijvoorbeeld pas dan gebezigd te worden wanneer sprake is van extra handelingen: gedragingen van verdachte moeten ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Wanneer de Hoge Raad in dezen geen kwalificatie-uitsluitingsgrond zou toepassen en er in voorkomende gevallen aldus ook zou kunnen worden vervolgd en veroordeeld voor heling of witwassen, is het maar de vraag of dan, dus zonder verbergen of verhullen, aan het achterliggend rechtsgoed daadwerkelijk te kort wordt gedaan. Bij witwassen is dat het beschermen van de integriteit van het financiële en economische verkeer door tegen te gaan dat opbrengsten van misdrijven aan het zicht van justitie worden onttrokken en daaraan een schijnbaar legale herkomst wordt verschaft. Dat rechtsgoed is niet in het geding in geval van het enkele verwerven en voorhanden hebben, zonder verbergend of verhullend karakter. De te dezen wel gesuggereerde oplossing²⁸⁵ door middel van samenloop doet eveneens geen recht aan het feit dat van een schending van het rechtsgoed geen sprake is. Daarmee wordt immers geen daadwerkelijk oordeel gegeven over de (on)wenselijkheid het gedrag ook strafbaar te achten; er wordt slechts voorzien in een oplossing die niet tot automatische verdubbeling van strafbaarheid leidt.

Wanneer men spreekt over *Typizität*, gaat het zodoende om gevallen waarin aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving is voldaan, maar waarin desondanks met de kwalificatie onder die delictsomschrijving geen recht

²⁸³ C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans, J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 338.

²⁸⁴ HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644, r.o. 2.3.2.

²⁸⁵ De kwalificatie-uitsluitingsgrond geldt niet voor eenvoudig (schuld)witwassen. Om dubbele strafbaarheid te voorkomen, wordt ten aanzien daarvan de samenloop-regeling als oplossing gezien door zowel de wetgever (*Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 3, p. 7; *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 6, p. 4-7) als in de rechtspraak (HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, NJ 2017/218 m.nt. P.A.M. Mevis) en in de literatuur. Zie bijvoorbeeld: B.F. Keulen, 'Eenvoudig (schuld)witwassen', *DD* 2016/9.

wordt gedaan aan het type gedragingen waar de delictsomschrijving betrekking op heeft of slechts op zou moeten hebben. De *Typizität* beperkt hier als het ware de reikwijdte van het delict: de enkele (bewezen) vervulling van elk der afzonderlijke bestanddelen lijkt onvoldoende recht te doen aan de toetsing van de delictsomschrijving als geheel. Kelk zoekt in 2013 aansluiting bij het door Pompe gesignaleerde, maar gaat in zijn redenering nog wat verder.²⁸⁶ Waar Pompe meent dat de beperkende inzet van de *Typizität* alleen dan moet plaatsvinden wanneer deze *ad bonam partem* – ten gunste van de verdachte – werkt,²⁸⁷ meent Kelk dat ‘de rechtsbeschermende werking eveneens moet gelden ter zake van delicten die in het juridische en ook maatschappelijke verkeer een weliswaar ongeschreven doch in de praktijk wel degelijk algemeen bekende en geaccepteerde naam genieten waarmee een tamelijk uitgesproken beeld is verbonden.’²⁸⁸ Hij noemt in dat kader voorbeelden als huisvredebreuk, meined en flessentrekkerij. Dit sluit overigens aan bij een element uit Pompe’s betoog, te weten dat de door hem bekritiseerde werkwijze van het overschatten van een tekst, de kloof tussen strafrecht en het volk verbreedt, terwijl voor doelmatige straftoepassing het verkleinen van deze kloof juist aangewezen is.²⁸⁹

Hoewel Kelk in het leerstuk van de *Typizität* een goede toets vindt om de reikwijdte van de delictsomschrijving in te perken,²⁹⁰ hebben in de literatuur ook tegengeluiden geklonken. Zo voorziet De Hullu een knelpunt in de rol van de rechter bij het onderscheiden en precies afbakenen van ‘het wezen’ van het delict.²⁹¹ Deze auteur meent dat in die situaties waar de wetgever van geen beperking heeft willen weten – in ieder geval niet onmiskenbaar – het voor de rechter ingewikkeld is restrictieve interpretatie of een kwalificatie-uitsluitingsgrond te rechtvaardigen.²⁹² Ook Pelser volgt een van Kelk afwijkende lijn van redeneren. Zij erkent dat er niets op tegen is ‘bij de vaststelling van de betekenis van de afzonderlijke bestanddelen het karakter van het delict te betrekken’, maar benadrukt vanuit legaliteitsoverwegingen dat daarmee nooit de wettelijke vereisten voor strafbaarheid mogen worden omzeild. Zij

²⁸⁶ Kelk 2013, p. 335-339.

²⁸⁷ Kelk 2013, p. 329.

²⁸⁸ Kelk 2013, p. 329, 330.

²⁸⁹ W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87 (*Gevangenisvoedsel-arrest*).

²⁹⁰ Kelk & De Jong 2016, p. 108.

²⁹¹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 101.

²⁹² Zie daarover later in dit stuk meer uitgebreid enkele noties over de verhouding van de wetgever en strafrechter.

sluit aan bij Taverne die meent dat een zelfstandige betekenis van de kwalificatie niet binnen de structuur van het Nederlands strafrecht past, waarin een strafbaar feit door een wettelijke omschrijving is gegeven. Pelser is dan ook van mening dat interpretatie van (bestanddelen van) de delictsomschrijving de voorkeur geniet boven het toekennen van een zelfstandige betekenis aan de materieelrechtelijke kwalificatie.²⁹³

7.3.3 Ontbreken materiële wederrechtelijkheid

Een andere manier om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid vorm te geven waarbij het achterliggende rechtsgoed een rol speelt, is het toepassen van de leer van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Aan het Nederlands straf(proces)rechtssysteem ligt ten grondslag dat wanneer een delictsomschrijving vervuld is, daarmee de wederrechtelijkheid en de verwijtbaarheid van de gedraging in principe en behoudens een strafuitsluitingsgrond, gegeven zijn. De situatie die ontstaat wanneer de gedraging voldoet aan de delictsomschrijving, maar niet als wederrechtelijk zou moeten worden bestempeld omdat het beschermde rechtsgoed door de gedraging niet wordt gekrenkt, wordt wel aangeduid als het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Deze terminologie wordt ontleent aan de *Veearts-arresten*²⁹⁴, waarin deze ongeschreven algemene uitsluitingsgrond volgens Van Veen voor het eerst door de Hoge Raad aangenomen zou zijn.²⁹⁵ Van belang is met name hetgeen de Hoge Raad in het laatste *Veearts-arrest* overwoog:

‘dat iemand, die een met straf bedreigde handeling verricht, in elk geval strafbaar is, wanneer niet de wet zelf met zoovele woorden een strafuitsluitingsgrond aanwijst; dat zich immers het geval kan voordoen, dat de wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving zelve geen uitdrukking heeft gevonden en niettemin geen veroordeeling zal kunnen volgen op grond dat de onrechtmatigheid der gepleegde handeling in het gegeven geval blijkt te ontbreken en derhalve dan het betrokken wetsartikel op de letterlijk onder de delictsomschrijving vallende handeling niet van toepassing is.’

²⁹³ C.M. Pelser, *De naam van het feit: over de kwalificatiebeslissing in strafzaken* (dissertatie Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 67-69.

²⁹⁴ HR 27 juni 1932, NJ 1933/60 en HR 20 februari 1933, NJ 1933/918.

²⁹⁵ Th.W. van Veen, ‘Het stelsel der excepties’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 353.

Hieruit volgt in ieder geval dat uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet alleen plaats hoeft te vinden op basis van een geschreven strafuitsluitingsgrond en dat strafbaarheid niet dwingend gegeven is met het formeel voldoen aan een delictsomschrijving. De rol van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid is in de literatuur zoals bekend bediscussieerd, maar speelt gelet op de hierboven onder 13.8 en 13.9 geciteerde arresten nog steeds een zekere rol in de rechtspraktijk. Ondanks het ontbreken van een beslissing waarin een beroep op deze uitsluitingsgrond ook gegrond wordt bevonden, zou hieruit opgemaakt kunnen worden dat er behoefte bestaat aan een uitsluitingsgrond die strafrechtelijke aansprakelijkheid voorkomt ondanks dat voldaan is aan de delictsomschrijving.

Vermunt stelt in dit kader dat een bestanddeel in de tenlastelegging weliswaar bewezen kan zijn, maar dat dit nog niet gekwalificeerd hoeft te worden als bestanddeel zoals bedoeld in de betreffende delictsomschrijving. Tot het wezen van een handeling behoort volgens deze auteur meer dan het zijn van een gevolgsveroorzaking of situatieverstoring. Derhalve vallen handelingen die passen in het maatschappelijk ‘normaal-beeld’, hoewel zij formeel voldoen aan de delictsomschrijving, niet onder het bereik van de strafbepaling. In casu van de Veearts betekent dit in de lijn van Vermunt, dat gegeven de omstandigheid dat de bevoegde veearts *lege artis* de preventieve behandeling uitvoerde, geen sprake is van een grensoverschrijdend karakter, waardoor het in verdachte toestand brengen wel bewezen kan worden, maar niet gesproken kan worden van het in verdachte toestand brengen als bedoeld in artikel 82 Veewet.²⁹⁶ In een andere lijn dan Van Veen staat ook Enschedé, die wijst op het open normstelsel, waardoor de Veearts-arresten meer gezien moeten worden als een uitsluiting op basis van het beroepsrecht.²⁹⁷ Pelser meent in dezen, in navolging op haar door ons eerder aangehaalde standpunt, dat de beslissing omtrent het bewezenverklaarde niet altijd (geheel) los kan worden gezien van de kwalificatiebeslissing, hoewel de wetgever in het berechtingsschema van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering daar wel een strikt onderscheid in hanteert.²⁹⁸ Van het inlezen van een extra (ongeschreven) voorwaarde voor wederrechtelijkheid is zij echter geen voorstander; dat staat immers ‘op gespannen voet met de legaliteitscontrole van de kwalificatiebeslissing, waarbij aanduiding van de strafbaarheid volgens de

²⁹⁶ D.J.P.M. Vermunt, ‘Nogmaals: de Veearts van stal’, *DD* 1984/2, p. 118-120.

²⁹⁷ Ch.J. Enschedé, *De arts en de dood*, Deventer: Kluwer 1985, p. 45-47.

²⁹⁸ Pelser 1995, p. 50.

wet vooropstaat'.²⁹⁹ R Emmelink spreekt pas van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid wanneer de rechtvaardiging van een strafbaar feit wordt gevonden in een contrariërende veroorloven norm.³⁰⁰ In geval van zo'n norm, kan een strafbepaling in zijn optiek onder omstandigheden geen toepassing meer vinden.

In de opgenomen zaak die aanleiding gaf tot het arrest geciteerd onder 13.8 deed de raadvrouw een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. De verdachte was door het hof veroordeeld tot het medeplegen van het behulpzaam zijn bij de illegale binnenkomst en doorreis van vreemdelingen (artikel 197a van het Wetboek van Strafrecht). De Hoge Raad liet de verwerping van het verweer dat sprake was van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, dan wel psychische overmacht in stand, maar voelde kennelijk toch de noodzaak enkele algemene opmerkingen te maken over het beroep over de niet-strafbaarheid in het kader van mensensmokkel.³⁰¹ Over het handelen op humanitaire gronden is bij de wijziging van wetgeving al discussie geweest.³⁰² De Hoge Raad grijpt het arrest aan om uit te spreken dat humanitaire gronden wel degelijk aanleiding kunnen geven de verdachte niet strafbaar aan mensensmokkel te achten, waarbij dat de vorm zal (moeten) krijgen van noodtoestand of psychische overmacht. Ondanks het expliciete beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid in het onderhavige geval, laat de Hoge Raad deze mogelijkheid tot uitsluiting van strafbaarheid onvermeld. Ook bij de vervolging wegens hennepsteelt en -verkoop speelt de materiële wederrechtelijkheid een rol, waarbij uitgebreider stil wordt gestaan onder 4.3. Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid heeft anno 2018 nog steeds een pregnantere positie in de strafrechtswetgeving dan in de strafrechtspraktijk, maar geeft daarmee blijk van een behoefte de strafwetgeving in bepaalde gevallen niet op de gedraging van toepassing te laten zijn. In een dergelijke uitsluitingsgrond schuilt echter het gevaar dat het daardoor te zeer aan de rechter is om te bepalen welke gedraging strafbaar is, terwijl de afweging wat strafbaar gedrag is nu juist is voorbehouden aan de wetgever. Dat het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid tot op heden niet is vormgegeven als vaststaande (geschreven)

²⁹⁹ Pelsers 1995, p. 80.

³⁰⁰ J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 350-351.

³⁰¹ HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:888.

³⁰² Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3. Vooral de NVvR, RvdR en OM uitten kritiek op de zogenoemde humanitaire clausule.

strafuitsluitingsgrond is in dat licht niet verwonderlijk, maar geconstateerd zij dat niet met elke vervulling van de delictsomschrijving het strafbare karakter van de gedraging gegeven is.

7.3.4 Resumé: bewijs, kwalificatie, strafbaarheid

Als men tegen de achtergrond van het bovenstaande op zoek gaat naar de mogelijkheden voor de rechter om te beslissen tot niet-strafbaarheid of niet-strafwaardigheid in een concreet geval, kan worden vastgesteld dat de rechter daartoe diverse uiteenlopende mechanismen kan hanteren. De wetgever heeft bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht (waarschijnlijk) niet bedoeld een compleet gesloten ‘stelsel van excepties’ op te nemen. Bewust is aan de wetenschap en de rechter op het terrein van de dogmatiek de nodige ruimte gegeven; de wetgever heeft zich bij verschillende onderwerpen, indien even mogelijk, ver gehouden van een keuze voor één bepaalde of uitgesproken dogmatische opvatting.³⁰³ Na ruim 130 jaar tijd kennen we (mede dankzij diverse strafvorderlijke regels) ter zake van de excepties tot op zekere hoogte een min of meer bestendig systeem, dat desalniettemin juist bij het thema van de adequate rechtsgoedbescherming dat in deze rubriek aan de orde is, niet vrij is van onduidelijkheden. Rechterlijke oordelen in diverse zaken laten zien dat scherpe grenzen tussen excepties lijken te ontbreken en dat (dus) verschillend wordt omgegaan met die excepties. Bovendien kunnen excepties verschillende gedaanten aannemen, zoals bewijsuitsluitingsgronden, kwalificatie-uitsluitingsgronden,³⁰⁴ en strafuitsluitingsgronden, hetgeen – bij succesvolle beroepen daarop – leidt tot verschillende einduitspraken. Volgens Bogert en De Hullu hangt deze problematiek vermoedelijk samen met het feit dat de wetgever niet een principieel indelingsmechanisme lijkt te hebben gehanteerd.³⁰⁵ Met zekerheid kan worden gezegd dat het achterliggende, te beschermen rechtsgoed een rol speelt, althans zou moeten spelen, bij de door de rechter te maken beoordelingen aan de hand van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering. Immers, om te kunnen spreken van een bewijsuitsluitingsgrond of een kwalificatie-uitsluitings-

³⁰³ Van Veen 1986, p. 350, 351.

³⁰⁴ De kwalificatie-uitsluitingsgrond verschilt van de bewijsuitsluitingsgrond in die zin dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond een omstandigheid omvat die, indien die zich voordoet, leidt tot niet-kwalificeerbaarheid van het feit, terwijl de bewijsuitsluitingsgrond een omstandigheid omvat die, indien die zich voordoet, een nadere uitleg geeft aan een bestanddeel, waarmee het feit niet kan worden bewezen.

³⁰⁵ P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2005, p. 55-142; De Hullu 2015, p. 297.

grond speelt de vraag of überhaupt sprake is van een rechtsgoedkrenking waarop de wetgever het oog had. Bij de beoordeling of sprake is van een rechtvaardigingsgrond speelt de vraag of de vastgestelde rechtsgoedkrenking kan worden gerechtvaardigd (vanwege een juiste afweging tegen andere rechtsgoederen).³⁰⁶

7.4 Toepassing bevindingen op de bovenstaande geselecteerde jurisprudentie betreffende enige actuele maatschappelijke thema's

Zoals hiervoor reeds opgemerkt betreffen de geselecteerde, hierna nader te bespreken rechterlijke beslissingen een aantal uiteenlopende maatschappelijke thema's. In dit onderdeel bezien we wat het bovenstaande geschetste theoretisch kader oplevert wanneer het toegepast wordt op deze thema's.

7.4.1 Zedendelicten

De hierboven opgenomen arresten onder 13.4 en 13.6 passen in de door Kelk geconstateerde 'uitdijende beweging' die gaande is ten aanzien van zedemisdrijven.³⁰⁷ Niet alleen is sprake van een groter wordend aantal strafbaarstellingen (te denken valt aan de nieuwe strafbepalingen aangaande 'grooming' en het uitlokken van ontucht met een derde³⁰⁸), ook is er sprake van meer open delictsomschrijvingen waarin begrippen ruim worden geformuleerd door de wetgever c.q. extensief worden geïnterpreteerd door de strafrechter met het oog op veiligheid en de bescherming van slachtoffers. Door de ruime uitleg van verschillende bestanddelen wordt de reikwijdte van de betreffende zedebepalingen uitgebreid. Ten aanzien van de kinderpornografiebepaling (artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht) was de betekenis van het 'zich toegang verschaffen tot' kinderpornografisch materiaal niet eenduidig te destilleren uit de wetsgeschiedenis. Op basis van (lagere) jurisprudentie kon al worden vastgesteld dat het bestanddeel niet per definitie hoeft in te houden dat de kinderpornografische afbeeldingen zijn bekeken of in bezit zijn genomen.³⁰⁹ Nu lag de kwestie voor of de aanwezigheid

³⁰⁶ G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies*, Den Haag: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1993, p. 45.

³⁰⁷ C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', AA 2015/6, p. 520-527.

³⁰⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34372, 2 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33580, 2.

³⁰⁹ Zie onder meer: Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:6139; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2016.

van kinderpornografisch materiaal op een niet-geëigende plek – het cache-geheugen – moet leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het gerechtshof sprak de verdachte vrij, omdat niet bewezen kon worden dat het (ingeblikte) opzet aanwezig was. Immers, niet is uitgesloten dat het opzet was gericht op het enkel bekijken van het materiaal, hetgeen niet strafbaar is. Volgens de Hoge Raad – A-G Aben volgend – omvat het toepassingsbereik van het bestanddeel ‘zich toegang verschaffen tot’ kinderpornografische afbeeldingen ook het actief zoeken, het klikken op hyper- of deeplinks waaruit een indicatie van de inhoud van de pagina blijkt en het (toch) opnieuw bezoeken van een pagina die eerder zonder opzet is bezocht. Enige vorm van actief toegang-gerelateerd handelen levert al snel vervulling van het bestanddeel op. Ten aanzien van de verleidingsbepaling (artikel 248a van het Wetboek van Strafrecht) oordeelde de Hoge Raad dat (ook) sprake is van een poging daartoe indien de verdachte, zonder dat hij het weet, het seksueel verleidende chatgesprek heeft gevoerd (of althans voortgezet) met de vader van het tienjarige meisje. Hoewel de persoon met wie het chatgesprek daadwerkelijk is gevoerd niet ‘wordt bewogen’ ontuchtige handelingen te plegen, is toch sprake van een strafbare poging. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof dat de gedragingen naar uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het delict – het tegen betaling bewegen van het tienjarige meisje tot het sturen van seksueel getinte foto’s – en een begin van uitvoering opleveren geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Mevis wijst in zijn noot bij het arrest, in lijn met het thema van deze rubriek, nog op een cruciaal kritiekpunt van de NVvR.³¹⁰ Die kritiek zag op het feit dat met het wetsvoorstel inzake uitbreiding van artikel 248a van het Wetboek van Strafrecht,³¹¹ de bescherming van de minderjarige als rechtsgoed wordt opgeofferd. Het kan dan immers voorkomen dat onder de uitgebreide strafbaarstelling – anders dan in deze zaak – ook situaties vallen waarbij geen sprake is van schending van het te beschermen rechtsgoed, te weten bescherming van de minderjarige, omdat er überhaupt geen minderjarige aan te pas kwam, maar bijvoorbeeld een zogeheten ‘lokpuber’. ‘Een sterker besef van normatieve aspecten van materieel strafrecht, geënt op de betekenis van het te beschermen rechtsgoed, had tegen het op deze wijze ‘gebruiken’ van het materiële strafrecht moeten waken,’ aldus Mevis. Het achterliggende rechtsgoed bij de betreffende bepalingen ziet op bescherming van jeugdigen tegen seksueel mis-

³¹⁰ P.A.M. Mevis in zijn noot bij HR 4 april 2017, NJ 2017/290.

³¹¹ Voorgesteld wordt strafbaar te stellen het contact met een persoon die zich voordoeft als iemand die de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft bereikt.

bruik en confrontatie met seksuele handelingen. Door hantering van een ruime uitleg van bestanddelen worden de pijlen gericht op gedragingen die aan de aanbodzijde van kinderpornografie als zodanig moeten worden geplaatst én aan gedragingen die in ieder geval met enig gewicht aan het voortbestaan van kinderpornografie bijdragen.³¹²

In mindere mate komt voor dat delictsomschrijvingen van zedendelicten restrictief worden uitgelegd. Toch komt ook dat voor, met als bekendste voorbeeld de nuancering voor wat betreft de tongzoen ten aanzien van de verkrachtingsbepaling.³¹³ Recentelijk heeft zich een andere kwestie voorgedaan, hetgeen heeft geleid tot een nieuw geval waarin een kwalificatie-uitsluitingsgrond is aangenomen. Met betrekking tot het vervaardigen/bezitten van kinderpornografisch materiaal voor eigen gebruik of zonder risico van verspreiding tussen twee oudere minderjarigen die daarmee ook instemmen³¹⁴ is niet altijd sprake van strafbaar gedrag. De Hoge Raad overweegt in het onder 13.2 aangehaald arrest dat de kinderpornografiebepaling in die zin te ruim is geredigeerd. Ook al is voldaan aan alle bestanddelen van de bepaling, dan moet desondanks in sommige gevallen, die tevens worden genoemd in de wetsgeschiedenis, de vraag of het gedrag van verdachte van dien aard is dat het moet worden gekwalificeerd als het in die bepaling tegen de zeden strafbaar gestelde feit, ontkennend worden beantwoord en dient verdachte te worden ontslagen van alle rechtsvervolging. De *wetsgeschiedenis* levert in dezen een nuancering op ten aanzien van de zinsnede ‘en zoo ja, welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de *wet* oplevert’ van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering.

7.4.2 Medisch strafrecht

Voor de toepassing van het algemeen kader zijn rechtszaken uit het medisch strafrecht in het bijzonder interessant. Recent legde het Hof Den Haag aan de ‘Haagse borstendokter’ twee jaar gevangenisstraf op (waarvan één jaar voorwaardelijk) wegens mishandeling met zwaar lichamelijk letsel ten gevolge.³¹⁵ Interessant in deze uitspraak zijn de overwegingen omtrent de medische exceptie. Door de rechtbank werd verdachte, gynaecoloog en directeur

³¹² Zie noot onder HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:167, *NbSr* 2017/76.

³¹³ HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, ECLI:NL:HR:2013:1431.

³¹⁴ HR 9 februari 2016, *NJ* 2016/257, ECLI:NL:HR:2016:213; zie ook S.R. Bakker, ‘Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?’ *AA* 2017, afl. 3, p. 185-186.

³¹⁵ Gerechtshof Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382.

van de Citykliniek te Den Haag, in 2014 vrijgesproken van mishandeling (en oplichting) van diverse patiënten.³¹⁶ Hoewel letsel was ontstaan als gevolg van infecties na door verdachte verrichte borstvergrotingen, achtte de rechtbank het handelen van verdachte niet wederrechtelijk, nu hij zich, volgens het rechtscollege, met succes kon beroepen op de medische exceptie. De medische exceptie is niet met zoveel woorden in de wet opgenomen.³¹⁷ Bij het vormgeven van de dogmatische constructie van de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid zaten de structuren die de wetgever zich in 1886 voor ogen had gesteld, hem meer in de weg dan wenselijk: de straffeloosheid van de arts die met toestemming en volgens de regelen der kunst (be)handelt en de patiënt pijn of letsel toebrengt als middel gericht op genezing van de patiënt als doel, kwam de wetgever zo vanzelfsprekend voor dat hij die straffeloosheid (daarom) niet uitdrukkelijk wenste te regelen.³¹⁸ Het medisch-professioneel handelen lijkt in situaties van handelen vallend onder een delictsomschrijving, maar verricht door een ‘goed handelend arts’ gerechtvaardigd te worden door de wettelijke bevoegdheid. Doordat in de wetgeving de arts de bevoegdheid is toegekend de geneeskunde uit te oefenen, is, aldus de beroepsrechttheorie, deze beroepsuitoefening onttrokken aan de werking van het Wetboek van Strafrecht.³¹⁹ De totstandkomingsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht lijkt aanwijzingen te bevatten die pleiten voor deze theorie: er is gekozen voor (louter) het woord ‘mishandeling’, opdat de chirurgische operatie niet onder de reikwijdte van de bepaling zou vallen.³²⁰ Dat betekent uiteraard niet dat een arts te allen tijde gevrijwaard is van strafrechtelijke vervolging en berechting. De exceptie geldt immers alleen binnen de grenzen van de medische professie. Een arts kan in zijn hoedanigheid ook die grenzen overtreden. De rechtvaardiging van de beroepsuitoefening ver-

³¹⁶ Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243, *GJ* 2015/11 m.nt. T.M. Schalken. Overigens was Rock G. reeds voor het leven geschrapt uit het BIG-register, CTG 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1358.

³¹⁷ Zie ook: H.M. Beets, *Aesculaap in de greep van Themis* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1989; J. Wöretshofer, *Volgens de regelen der kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992.

³¹⁸ P.A.M. Mevis, ‘Verdient het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?’, *AA* 2011-7/8, p. 550.

³¹⁹ H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers e.a. (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 625: ‘Het gaat niet om verstoring, maar om herstel van verstoring.’

³²⁰ H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht (derde deel)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Wil-link 1892, p. 447 e.v.; E.W. van Dam van Isselt, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus* (diss. Utrecht), Utrecht: F. Wentzel & Co. 1902, p. 10.

valt uiteraard bij onprofessioneel handelen.³²¹ Het gerechtshof oordeelde in deze onder 13.10 opgenomen casus, anders dan de rechtbank, dat verdachte niet heeft gehandeld conform de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.³²² Nu hij niet volgens de regelen der kunst heeft gehandeld, heeft hij zich niet gedragen als goed hulpverlener en komt hem geen beroep of aanspraak op de medische exceptie toe.

Een minder recente, maar interessante zaak binnen het medisch strafrecht betreft het voorwaardelijk opzet op de grens van palliatieve sedatie en euthanasie.³²³ Assistent-geneeskundige Vencken werd vervolgd voor onder meer het opzettelijk en met voorbedachten rade beroven van het leven van een terminaal zieke 77-jarige man, zulks terwijl de verdachte zijn handelingen zelf typeerde als symptoombestrijding en palliatieve sedatie. Palliatieve sedatie is het opzettelijk verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase.³²⁴ Het gaat, in tegenstelling tot euthanasie, om een handeling vallend binnen het normaal medische domein. Uit een bijlage van de KNMG-Richtlijn Palliatieve sedatie blijkt dat het verschil tussen continu, diep sederen en euthanasie ligt in het effect van de handelwijzen, namelijk het bekorten van het leven.³²⁵ Hoewel de Richtlijn stelt dat er geen aanwijzingen bestaan dat *lege artis* toegepaste palliatieve sedatie het leven bekort, worden hier in de literatuur vraagtekens bij geplaatst. Er wordt zelfs betoogd dat het wel degelijk zo kan zijn dat een neveneffect van palliatieve sedatie kan zijn dat de dood feitelijk sneller intreedt.³²⁶ Inderdaad houden artsen bij de inzet

³²¹ De Hullu 2015, p. 357; De Hullu verwijst in dezen naar een zaak waarbij een tandarts onnodig boort en gaatjes vult, Rb. Breda 10 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, NJ 1988/714. Zie ook HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466 m.nt. N. Keijzer. In dit arrest wordt door de Hoge Raad voor het eerst en uitdrukkelijk aangenomen dat onder 'mishandeling' in de zin van artikel 300-301 Sr moet worden verstaan het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn *zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat*. Als een arts wordt vervolgd, maar desondanks een geslaagd beroep doet op de medische exceptie, zal hij, in zaken waarin mishandeling is tenlastegelegd, worden vrijgesproken, omdat de wederrechtelijkheid zit ingeblikt in de term mishandeling. Dit is anders bij zware mishandeling, waarbij een geslaagd beroep op de medische exceptie ontslag van alle rechtsvervolgning oplevert. Zie nader: J.S. Nan, 'Ingeblikte wederrechtelijkheid bij mishandeling', *TPWS* 2014/10; S.R. Bakker, 'Uitzonderingen op de regel', *Strafblad* 2017, afl. 6, p. 459.

³²² Gerechtshof Den Haag, 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382.

³²³ Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211 (Vencken).

³²⁴ KNMG-Richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 18.

³²⁵ KNMG-Richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, bijlage 3, p. 67 e.v.

van palliatieve sedatie regelmatig rekening met het mogelijke effect van bespoediging van het levenseinde, zo blijkt uit het sterfgevallenonderzoek 2010.³²⁷ Naast de vaststelling dat uit tal van onderzoeken blijkt dat artsen palliatieve sedatie soms wel waarnemen als een praktijk die het overlijden kan bespoedigen, blijkt ook uit het meest recente sterfgevallenonderzoek opnieuw dat er frequent rekening gehouden werd met bespoediging van het levenseinde door sedatie. Van de artsen hield 38% hier namelijk rekening mee, en in 2% van de gevallen was bespoediging van het levenseinde zelfs het doel van de sedatie.³²⁸ Via het voorwaardelijk opzet valt palliatieve sedatie daarmee onder artikel 293 van het Wetboek van Strafrecht: opzettelijke levensberoving op verzoek. Immers: als een arts de gevolgen van zijn handelen willens en wetens op de koop toeneemt en aanvaardt dat de dood door zijn handelen eerder kan intreden dan zou zijn gebeurd zonder zijn handelen, dan wordt voldaan aan het opzet en zijn de bestanddelen van artikel 293, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht vervuld. Puur naar de afzonderlijke bestanddelen kijkend, is er dus sprake van opzettelijke levensberoving op verzoek, en maakt de arts zich schuldig aan een strafbaar feit.³²⁹ Toch overheerst het gevoel dat de strafbepaling voor een situatie als deze niet geschreven is: er lijkt sprake te zijn van een oneigenlijk geconstrueerde of geforceerde kwalificatie, zoals Kelk het verwoordt.³³⁰ Dit lijkt daarom een treffend voorbeeld ter illustratie van de eventuele werking van de hiervoor besproken *Typizität* uit de Duitse dogmatiek. De problematiek is vergelijkbaar met die uit het *Gevangenisvoedsel*-arrest. Daar werd het oogmerk op wederrechtelijke bevoorrading geconstrueerd via de redenering van het voorwaardelijk opzet; hier werd het opzet op het benemen van het leven van de patiënt geconstrueerd via de redenering van datzelfde voorwaardelijk opzet. Maar het lijkt voor beide situaties niet de bedoeling van de wetgever geweest te zijn de zich voorgedane situatie onder de delictsomschrijving te laten vallen. De opzettelijke levensbeëindiging die strikt genomen onder de delictsomschrijving van artikel 293 van het Wetboek van Strafrecht valt, zou, in de *Typizität* van inzet van de arts

³²⁶ G.A. den Hartogh, 'Continuous deep sedation and homicide: an unsolved question in ethics and law', *Medicine, Health Care and Philosophy* 2016/19, p. 285. Zie voor verdieping aangaande het grijze gebied tussen palliatieve sedatie en euthanasie ook A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood* (oratie Rotterdam), januari 2014.

³²⁷ Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 30.

³²⁸ Sterfgevallenonderzoek 2015, p. 127-129.

³²⁹ Er voor het gemak maar even van uitgaande dat het verzoek van de patiënt inderdaad aan genomen kan worden, en niet sprake is van moord dan wel doodslag.

³³⁰ Kelk 2013, p. 335.

onder de definitie van palliatieve sedatie, van strafbaarheid uitgesloten moeten worden. Dat geldt dan uitdrukkelijk alleen voor die situaties waarin de arts – handelend als goed hulpverlener, volgens de medische maatstaven – het lijden van de patiënt heeft willen verlichten en daarbij rekening houdt (in de zin van ‘op de koop toenemen’) met een eventueel levensbekortend effect. Het ziet daarmee niet op situaties waar die bespoediging ook daadwerkelijk het *doel* was van de palliatieve sedatie. Dan kan immers niet meer gesproken worden van de door de KNMG gehanteerde definitie van palliatieve sedatie. Het zou de aanvullende kritische taak van de werking van de *Typizität* in de strafrechtelijke benadering kunnen zijn die de arts in die eerste situatie tegen het strafrecht in bescherming neemt door niet de tekst van de (losse bestanddelen van de) delictsomschrijving te overschatten, maar ook de *ratio legis* voldoende tot zijn recht te laten komen en mee te laten wegen. Op een ietwat merkwaardige manier, namelijk door middel van een wel heel bijzondere manier van invulling van het voorwaardelijk opzet – volgde voor Vencken vrijspraak; het Hof achtte, in de aangehaalde rechtspraak onder 13.1 geciteerd, in navolging van de rechtbank het opzettelijk en met voorbedachte rade beroven van het leven van patiënt niet bewezen. De rechtbank overweegt dat de enkele kans op eerder overlijden onvoldoende is om voorwaardelijk opzet aan te nemen. De aanmerkelijkheid van de kans is echter met name relevant wanneer de ‘wetenskans’ bij de verdachte onbekend is. In casu is daarvan geen sprake; de verdachte wist van de kans op eerder overlijden. Is de uitspraak van de rechtbank inzake het voorwaardelijk opzet daarom juridisch gezien wel correct? Het Hof komt via een andere weg, namelijk door de causaliteit tussen handeling en het intreden van het gevolg in twijfel te trekken, tot hetzelfde oordeel met een toevoeging over het voorwaardelijk opzet in termen van motief (hetgeen daarmee ook niet kloppend lijkt).³³¹

7.4.3 Hennepteelt

Een derde thema waarin het hiervoor onder 3 besproken theoretisch kader in de rechtspraak naar voren komt, is hennepteelt. Het (gedoog)beleid omtrent coffeeshops is in de afgelopen jaren op verschillende punten bekritiseerd. Dit geldt te meer ten aanzien van de grenzen van strafbaarheid bij de teelt en verkoop van hennep. Daarbij speelt de vraag in hoeverre, gelet op het gedoogbeleid, vertrouwd mag worden op het uitblijven van vervolging we-

³³¹ Binnen het strafrecht wordt namelijk pas bij het bepalen van de strafmaat gekeken naar het motief van de dader. Eerder speelt het motief geen expliciete rol, ook niet bij beantwoording van de vraag of er sprake is van voorwaardelijk opzet.

gens feiten uit de Opiumwet.³³² In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest onder 13.9, wordt een beroep gedaan op het buiten toepassing laten van de strafwet, via de constructie dat de materiële wederrechtelijkheid aan de gedragingen komt te ontvallen, nu verdachten juist de belangen die de Opiumwet beoogd te beschermen, hebben nagestreefd, namelijk de volksgezondheid, de veiligheid en de openbare orde.³³³ De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Door de verdediging is aangevoerd dat het bedrijfsmatig telen van hennep niet als wederrechtelijk kan worden aangemerkt doordat de hennep-teelt uitsluitend plaatsvindt volgens een verantwoord, niet op winstbejag gericht productieproces ten behoeve van levering aan gedoogde coffeeshops, waarover belasting wordt betaald, goede kwaliteit wordt geleverd en geen overlast wordt veroorzaakt. De Hoge Raad ziet geen omstandigheden die de wederrechtelijkheid van de hennep-teelt wegnemen. Dat als onderdeel van maatschappelijk en politiek debat de vraag speelt of levering van hennep onder bepaalde voorwaarden gedoogd zou kunnen worden, maakt dit niet anders. In de kern vraagt de verdachte om de strafwet buiten toepassing te laten op basis van zijn eigen oordeel dat zijn handelingen niet strafbaar zouden moeten zijn. Het is slechts aan de wetgever zich uit te laten over de strafbaarheid van de gedraging. Zeker nu de handelingen van de verdachte krenking van het door de Opiumwet beschermde rechtsgoed meebrengen, is de rechter gehouden de wet toe te passen zonder dat daarbij ruimte bestaat voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond. Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid lijkt (ook) voor de onduidelijkheid omtrent de achterdeur van de coffeeshop niet de oplossing te zijn.

7.4.4 EVRM

Ten slotte verdient de invloed van het EVRM op de juridische waardering van strafwaardigheid besproken te worden, want ook die invloed speelt een rol in de Nederlandse strafrechtspraktijk. Het hierboven onder 13.5 opgenomen arrest van de Hoge Raad over het boek *Mein Kampf* illustreert dat, hoewel volstaan kan zijn aan de delictsomschrijving naar het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, op basis van een ieder verbindende verdragsbepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet, de gedraging geen strafbaar feit oplevert.

³³² Zie recent nog de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5167 na het *Checkpoint II*-arrest, waarin geen sprake was van niet-ontvankelijkheid van het OM vanwege het vertrouwen dat ontleend mocht worden aan het gedoogbeleid. Er volgde een bewezenverklaring zonder oplegging van straf of maatregel.

³³³ Zie voor een uitgebreidere bespreking de noot van P.A.M. Mevis in NJ 2017/339.

Toepassing van artikel 137e van het Wetboek van Strafrecht blijkt in casu niet verenigbaar met artikel 10 EVRM. De vraag die voorlag was of de beperking van de vrijheid van meningsuiting – namelijk een veroordeling wegens belediging en het aanzetten tot haat en discriminatie wegens het enkel in voorraad hebben van *Mein Kampf* – in een democratische samenleving noodzakelijk is. De Hoge Raad liet het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam³³⁴ in stand, inhoudende dat dit niet het geval was, ondanks het antisemitische karakter van het boek. Aldus blijkt dat het EVRM invloed heeft op de toepassing en uitleg van Nederlandse delictsomschrijvingen. Nu de bepalingen uit het EVRM rechtstreekse werking en voorrang hebben op de voet van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, zijn zij ook van belang voor de interpretatie van het Nederlands recht. In dat kader is de ontwikkeling op het gebied van prejudiciële vragen interessant, in het bijzonder het (facultatieve) Zestiende Protocol bij het EVRM.³³⁵ Dit protocol kwam op 2 oktober 2013 tot stand en ligt thans aan de Eerste Kamer ter parlementaire goedkeuring voor.³³⁶ Het betreft de bevoegdheid om aan het EHRM ‘advies’ (*advisory opinion*) te vragen inzake principiële (rechts)vragen aangaande de interpretatie of toepassing van de rechten en vrijheden neergelegd in het Verdrag of de daartoe behorende Protocollen.³³⁷ De bevoegdheid tot het vragen van een advies is voorbehouden aan de hoogste nationale rechter, maar het vragen om het advies is niet verplicht en het advies zelf niet bindend. Het kan echter wel aanknopingspunten bevatten die een bepaalde wetsinterpretatie met zich brengen, zowel in lijn met het rechtsgoed achter de nationale strafbepaling als juist niet in lijn daarmee. Het betreft uiteraard alleen advisering over het EVRM-recht en niet de uitleg van het nationale recht. Het rechtsgoed ziet namelijk alleen op dit laatste recht. Hoewel op basis van deze procedure duidelijkheid kan ontstaan over de interpretatie van een EVRM-recht, dient de nationale rechter de uitleg nog toe te passen in het kader van de uitleg van de voorliggende delictsomschrijving. Met andere woorden: hoewel met het vragen van advies aan het EHRM duidelijkheid kan ontstaan over de interpretatie van

³³⁴ Gerechtshof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:299.

³³⁵ Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Straatsburg 2 oktober 2013, *Trb.* 2014, 74.

³³⁶ Zie voor een overzicht van het protocol en voor- en tegenargumenten die (in ieder geval) van belang zijn voor de Belgische situatie, waar men wel een grondwettelijk hof kent in tegenstelling tot Nederland, J. de Herdt, ‘Het zestiende toegevoegd protocol bij het EVRM: een bijkomende garantie voor de mensenrechten in de strafprocedure?’, *Nullum Crimen* 2017/4, p. 339-350.

³³⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, 3, p. 1.

het EVRM-recht, dient de nationale rechter nog de vertaalslag te maken naar wat de EVRM-uitleg betekent voor de uitleg van het nationale recht. De uitleg van de nationale wetgeving op basis van het EVRM-recht kan in lijn zijn met het rechtsgoed zoals de strafbepaling dat beoogt te beschermen, maar kan zich daartoe ook op gespannen voet verhouden. Overigens illustreert de uitspraak over *Mein Kampf* dat het Europees Hof van belang kan zijn, maar dat hangt af van de stand van zaken met betrekking tot het betreffende EVRM-recht. Zo is het, bij de huidige stand van zaken, niet waarschijnlijk dat het EHRM of de Europese jurisprudentie snel relevant wordt voor bijvoorbeeld euthanasiezaken. Daar houdt het Europees Hof zich nog altijd ver van verwijderd. Dat is een interessante constatering die laat zien dat de ene in deze rubriek besproken modaliteit meer geschikt is voor een specifiek thema dan de andere.

7.5 Enkele noties over verhouding wetgever en strafrechter

Het voorgaande maakt duidelijk dat er aanleiding kan bestaan toepassing van een strafbepaling achterwege te laten, hoewel vanuit formeel oogpunt aan alle bestanddelen is voldaan. Gegeven die constatering, rijzen er vragen in het kader van de verhouding tussen wetgever en rechter. Ook daarover is de laatste jaren de nodige literatuur verschenen. Dit leerstuk moet gezien worden vanuit (onder andere) het legaliteitsbeginsel en veronderstelt een min of meer heldere verhouding tussen wetgever en rechter; de wetgever dient te voorzien in duidelijke en concrete bepalingen die aangeven welke gedragingen strafbaar zijn en de rechter kan alleen strafbaarheid aannemen op grond van wettelijke strafbaarstellingen.³³⁸ De praktijk leert echter dat deze verhouding niet strikt te interpreteren of vast te leggen is en dat er onder meer ruimte bestaat voor interpretatie en rechtsvinding door de rechter. Er bestaan ook gegronde redenen voor de wetgever om ruimte te laten in strafbaarstellingen.³³⁹ Zo kan de rechter uitdrukkelijk de ruimte zijn gegeven ter nadere specificatie van de wet gelet op de exclusieve gevallen waarover hij gehouden is te oordelen.³⁴⁰ Algemeen aanvaard is, dat de wet mede betekenis

³³⁸ M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 106.

³³⁹ Borgers 2011, p. 109; M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 2.

³⁴⁰ Schaffmeister & Heijder, p. 444.

krijgt in samenhang met de wetsgeschiedenis, het systeem van de wet en het doel en de strekking van de wet. Het is echter niet precies duidelijk hoe ver de ruimte van de rechter strekt bij de uitleg van de wet. Als absolute ondergrens voor strafbaarheid zou aansluiting gezocht kunnen worden bij Vermunt, die meent dat handelingen die passen in het normaalbeeld van de maatschappij nooit bedoeld zijn om onder een delictsomschrijving te vallen, hoe deze ook verwoord is.³⁴¹ Gelet op de normatieve opvattingen die betrokken zijn bij de wenselijkheid van strafbaarheid, is het niet verwonderlijk dat ook de verhouding tussen wetgever en rechter en hun taakverdeling in diverse publicaties onderwerp van discussie is.

Een uitgewerkt en afgebakend model van of voor die taakverdeling laat zich moeilijk uittekenen, mede gelet op de wisselwerking die zo inherent is aan hun taken. Het is onderdeel van een principiële discussie, waarop het antwoord (zeker) niet binnen deze bijdrage te geven is. Wel is een aantal opmerkingen van betekenis. Allereerst staat de verhouding tussen wetgever en rechter onder druk ten aanzien van maatschappelijke kwesties. De ruimte die de rechter gebruikt om sturing te geven in dergelijke kwesties, kan uitgelegd worden als een te ruim gebruik van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Dit is voornamelijk het geval wanneer het gaat om maatschappelijke kwesties en wanneer de uitleg van de rechter tegen de bedoeling van de wetgever indruist.³⁴² In het licht van de vraagstelling van deze bijdrage, speelt daarbij mee, in hoeverre zowel de wetgever als de rechter rekening houdt met het rechtsgoed dat de strafbepaling beoogt te beschermen. Kan gesteld worden dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak te buiten gaat wanneer hij de bepaling zodanig uitlegt dat die niet meer aansluit bij het rechtsgoed? Of bestaat er ruimte om (via jurisprudentie) wetgeving inhoudelijk mee te (laten) bewegen met maatschappelijke opvattingen door een net iets andere interpretatie en uitleg? Is dat ook mogelijk en wenselijk wanneer de bepaling daarmee verder af komt te staan van het rechtsgoed zoals de wetgever dat bedoelde te bepalen en beschermen? Daarbij rijst de vraag wanneer de rechter nadere uitleg van wetgeving aan de wetgever moet overlaten en wanneer hij hier zelf in kan voorzien. Voorts speelt, zoals we zagen, (de uitleg van) het EVRM een (steeds grotere) rol bij de uitleg van nationale wetgeving.

³⁴¹ Vermunt 1984, p. 118.

³⁴² Zie voor een bespreking van enkele van deze voorbeelden Mevis 2016, p. 209-219.

Zowel rechter als wetgever hebben een rol als rechtsvormer, maar hun interactie is niet geregeld. Gegeven is dat de rechter en wetgever het ook ‘met elkaar te doen zullen hebben’.³⁴³ Ondanks de onvermijdelijke samenwerking, beschikken zij niet over dezelfde middelen om recht vorm te geven.³⁴⁴ De wetgever schrijft de strafbepalingen die de strafbare gedraging bevatten, waarmee het achterliggende rechtsgoed dient te worden beschermd; de rechter is geschillenbeslechter in het concrete geval. De rechter kan in zijn rol eventuele lacunes in de wet niet oplossen door het schrijven van wetgeving. Rechter en wetgever schrijven een gemeenschappelijk verhaal, maar nemen alleen deel vanuit hun eigen rol. Het is wenselijk bij het schrijven van het verhaal van de ene kant, het verhaal van de andere kant in het oog te houden en te bepalen wie wanneer aan zet is.³⁴⁵ Als algehele rode draad zou het achterliggende rechtsgoed kunnen worden gebruikt als basis of uitgangspunt voor rechtsvorming. Dat impliceert niet dat rechter en wetgever gehouden zijn dezelfde koers te varen, maar dat zij – gegeven hun inherente verbondenheid – op zijn minst elkaars positie c.q. standpunt in overweging nemen.

7.6 Slot

Het doel van de bespreking van de geselecteerde rechtspraak was een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre de strafrechter rekening houdt c.q. dient te houden of kan houden met het te beschermen rechtsgoed bij de toepassing/beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering. Hoewel wij op voorhand aangaven dat op die vraag geen allesomvattend en eenduidig antwoord bestaat, hopen wij met deze analyse van rechtspraak op diverse punten toch meer duidelijkheid te hebben gebracht. De besproken jurisprudentie en het naar aanleiding daarvan geschetste theoretisch kader maakt duidelijk dat het strafbare of strafwaardige karakter van handelingen zich niet eenvoudig laat vastleggen. Hoewel het Wetboek van Strafrecht gedragingen bevat die binnen Nederland te gelden hebben als strafbare feiten, is over strafbaarheid dan wel strafwaardigheid nogal wat te doen; de maatschappelijke werkelijkheid zet die strafbaarheid

³⁴³ Borgers 2016, p. 53; P.A.M. Mevis, ‘Bespreking van: M.J. Borgers, Bij nader inzien, Deventer: Wolters Kluwer 2016’, *DD* 2017/19, p. 179.

³⁴⁴ P.A.M. Mevis, ‘Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht’, in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Rotterdam: Gouda Quint 2000, p. 24.

³⁴⁵ Mevis 2000, p. 26.

of strafwaardigheid nogal eens als het ware onder druk. Zonder alle vraagstukken die in dat kader spelen te bespreken, kan in ieder geval geconcludeerd worden dat er verschillende aanleidingen kunnen bestaan over te gaan tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, ook ingeval de strafbare handeling (formeel) gegeven is. Die uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan op verschillende wijzen en in verschillende verschijningsvormen plaatshebben. Een algemene uitsluitingsgrond tot het, in een bepaalde situatie naar het oordeel van de rechter, achterwege laten van strafwaardigheid in verband met de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed, heeft binnen de Nederlandse rechtspraktijk geen plaats. Vanuit het oogpunt van legaliteit is het ontbreken van een dergelijke uitsluitingsgrond onder meer om redenen van rechtszekerheid en het tegengaan van willekeur begrijpelijk. Daartegenover staat dat de praktijk blijk geeft van situaties waarin wordt bevestigd dat de wettekst niet alle situaties waarin expliciet wel of niet sprake dient te zijn van strafwaardig gedrag kan onderscheiden. Het achterliggende rechtsgoed bij de strafbaarstelling lijkt bij de beoordeling van strafwaardig gedrag geen rol te spelen, in ieder geval niet expliciet.

Wellicht dat daar waar een heroverweging omtrent de strafwaardigheid van het gedrag aan de orde is, het rechtsgoed impliciet een rol speelt bij de beoordeling van de strafbaarheid, zij het dat het niet met die woorden door de rechter wordt overwogen. Als uitgangspunt lijkt te (moeten) gelden dat indien de wetgever bepaald gedrag niet strafbaar had willen stellen, dit ook bij wet (als uitzondering) geregeld (had) moeten zijn en niet in zijn geheel aan de rechter dient te worden overgelaten. Wel is waarneembaar dat de totstandkoming van wetgeving en de daarbij gepaard gaande overwegingen, huidige maatschappelijke opvattingen en het EVRM een rol kunnen spelen bij de uitleg van thans geldende delictsomschrijvingen, waarin de overweging omtrent wat strafbaar gedrag zou moeten opleveren meegenomen wordt. Een expliciete vrijwaring van straf op basis van gebrek aan strijdigheid met het te beschermen rechtsgoed is niet per definitie een gegeven. Het rechtsgoed lijkt (slechts) in zoverre een rol te spelen dat het betrokken kan worden bij de door de rechter te maken beoordeling omtrent strafbaarheid of strafwaardigheid van gedrag, maar lijkt niet zonder meer zelfstandig het buiten toepassing laten van de strafwet te rechtvaardigen. Bij het wegnemen van eventuele spanning tussen de tekst van de wet en de uitleg en toepassing van de wet, lijkt weinig ruimte te zijn weggelegd voor de betekenis van het achterliggende rechtsgoed.

Uit de geselecteerde jurisprudentie blijkt eens te meer dat (meer) aandacht voor het achterliggende rechtsgoed relevant is bij de kwestie omtrent strafbaarheid of strafwaardigheid van gedrag. Hoewel niet formeelrechtelijk geregeld of erkend – en dus ook niet expliciet in het beoordelingskader van artikel 350 Wetboek van Strafvordering opgenomen (men zou het hooguit deels in de tweede ‘vraag’ kunnen lezen) – zou de rechter bij de uitleg en interpretatie van het recht aansluiting kunnen zoeken bij het rechtsgoed van de delictsomschrijving. Hoewel te verdedigen is dat er überhaupt nimmer straf dient te volgen indien geen sprake is van een rechtsgoedkrenking, willen wij hier in elk geval pleiten voor een nadrukkelijker rol voor de notie van bescherming van het rechtsgoed in de rechtspraak. Die notie kan een explicietere bijdrage leveren aan overwegingen omtrent strafwaardigheid, alsmede in het kader van de door het openbaar ministerie te nemen vervolgingsbeslissing.

Daar waar de rechter weinig ruimte heeft gedrag naar eigen inzicht als niet strafbaar of strafwaardig te bestempelen – bijvoorbeeld op basis van het rechtsgoed – bestaat die ruimte voor de wetgever wel. Uit de verschillende actuele thema’s blijkt nog maar weer eens de verantwoordelijkheid van de wetgever om wetgeving zodanig te formuleren dat deze zo nauw mogelijk aansluit bij de opvattingen omtrent strafwaardig gedrag. Bij de formulering van de wetgeving dient de wetgever het te beschermen rechtsgoed in acht te nemen en bij de beoordeling van strafwaardigheid te betrekken. De besproken leerstukken en actuele thema’s geven blijk van die noodzaak en vormen hopelijk een aansporing voor de wetgever om wetgeving niet alleen te laten aansluiten bij de huidige opvatting omtrent wat strafwaardig is en wat niet, maar ook om zich daarbij bewust te zijn van en – binnen zijn mogelijkheden – blijk te geven van de kwestie of de gedragingen die onder de toepassing van de strafwet (kunnen) vallen, wel degelijk een krenking van het rechtsgoed opleveren. Want dat is immers het uitgangspunt en het minimale handvat dat de burger kan verwachten. De scheidslijn tussen wat wel en geen strafbaar gedrag is, dient zo duidelijk mogelijk geformuleerd te worden, zodat de burger de grenzen van zijn handelen kan kennen en de rechter niet genoodzaakt is buitensporig creatief met de wet om te gaan.

Al met al lijkt het achterliggende, te beschermen rechtsgoed in eerste instantie misschien een thema dat niet (meer) zo acuut speelt, maar op basis van de in deze rubriek verzamelde jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat

het toch de nodige aandacht trekt. Dit blijkt zowel langs de algemeen dogmatische lijn in de verschillende modaliteiten die worden ingezet, als langs de lijn van de thematiek zelf – zeden, medisch strafrecht, hennepsteelt – die in recente jurisprudentie aan de orde is. In kort tijdsbestek is in de afgelopen jaren een flink aantal zaken, toch niet op de onbelangrijkste terreinen, de Hoge Raad gepasseerd waarbij dit punt rijst, en vervolgens wordt daar langs allerlei verschillende wegen dogmatisch toch niet al te eenvormig mee omgegaan.

Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen van 1-16 jaar

8.1 Inleiding

Voor euthanasie en levensbeëindigend handelen bij kinderen tussen de 1 en 12 jaar bestaat, anders dan bij patiënten ouder dan 12 jaar, in Nederland geen uitdrukkelijke wettelijke regeling. Voor kinderen van 0-1 jaar geldt in Nederland een aparte regeling, die in dit hoofdstuk verder niet behandeld zal worden.³⁴⁶ Uit artikel 2 Wtl blijkt dat de leeftijdscategorie 1-12 buiten de strafuitsluitingsgrond valt zoals die is geformuleerd in artikel 293 lid 2 Sr jo. de Wtl. Een patiënt uit deze leeftijdscategorie kan immers niet voldoen aan de vereiste om een rechtsgeldig verzoek te doen (artikel 2 lid 1 onder a Wtl). Wanneer een arts toch overgaat tot actief levensbeëindigend handelen bij een kind in deze leeftijdscategorie, is zijn handelen zodoende strafbaar. Nu is het handelen van zijn 'collega' in gevallen van euthanasie binnen de Wtl dat ook, maar er zijn twee belangrijke verschillen. Bij levensbeëindigend handelen in de hier bedoelde leeftijdscategorie is sprake van levensbeëindiging *zonder* rechtsgeldig verzoek. Dientengevolge kan en zal de arts worden vervolgd voor moord (art. 289 Sr) dan wel doodslag (art. 287 Sr) en dus niet voor euthanasie (art. 293 lid 1 Sr). Dat betekent vervolgens dat als een arts toch het leven van een patiënt tussen de 1 en 12 jaar beëindigt, hij geen beroep kan doen op de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr jo. de Wtl. Dat wil echter vervolgens niet zeggen dat het handelen van deze arts steeds strafbaar is. Hij kan immers wel voor straffeloosheid een beroep doen op de *algemene*

³⁴⁶ Zie over de regeling voor levensbeëindiging bij pasgeborenen het betreffende hoofdstuk 10.

strafuitsluitingsgrond geformuleerd in artikel 40 Sr: overmacht in de zin van noodtoestand als gevolg van een conflict van plichten.³⁴⁷ Alleen is de inhoud daarvan veel minder uitgewerkt als handvat voor de arts dan de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr jo. de Wtl (en de Code of Practice).

Al langere tijd leeft binnen de medische praktijk discussie over de vraag of de huidige regelgeving rond beslissingen rond het levenseinde van kinderen in de leeftijdscategorie 1 tot 12 jaar daarmee wel toereikend is. In 2014 werd deze discussie, na verruiming van de Vlaamse euthanasiewetgeving voor wilsbekwame minderjarigen³⁴⁸, geïntensiveerd. Dit leidde tot een standpunt van de Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) in 2015³⁴⁹, een hoorzitting/rondetafelgesprek in de Tweede Kamer³⁵⁰ en een onderzoek in opdracht van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.³⁵¹ Onder andere uit laatstgenoemd onderzoek blijkt dat er zowel onder artsen als onder ouders een zekere behoefte bestaat aan verruiming van de mogelijkheden voor actieve levensbeëindiging bij kinderen met zeer ernstig lijden in de leeftijd van 1-12 jaar.³⁵² Momenteel wordt naar aanleiding hiervan door de Tweede Kamer gedebatteerd over de mogelijkheden om tot zo'n verruiming van de wettelijke mogelijkheden te komen. Een reactie van het kabinet wordt begin 2020 verwacht.³⁵³

In dit hoofdstuk wordt bekeken hoe de praktijk van medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen er op dit moment uitziet, bij ontstentenis

³⁴⁷ Deze rechtvaardigingsgrond is opgenomen in artikel 40 van het Wetboek van Strafrecht en luidt: niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen.

³⁴⁸ Federale Overheidsdienst Justitie (2014). Wet tot wijziging van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, teneinde euthanasie voor minderjarigen mogelijk te maken 28 mei 2014, via:

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article.pl?language=nl&caller=summary&pub_date=2014-03-12&numac=2014009093#top

³⁴⁹ Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde, Standpunt NVK Levensbeëindiging kinderen 1-12 jaar: een pleidooi voor onderzoek, via:

<https://www.nvk.nl/Nieuws/Dossiers/Dossier-Levenseinde-jonge-kinderen>

³⁵⁰ Tweede Kamer der Staten-Generaal, hoorzitting/rondetafelgesprek 'Euthanasie bij minderjarigen', 22-01-2016, via: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissie-vergaderingen/details?id=2015Ao4417

³⁵¹ Brouwer M., van der Heide A., Hein I., Maeckelberghe E., Verhagen E., van de Wetering V., 'Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen' (1-12), 2019. Dit hoofdstuk is een bewerking van een deel van genoemd rapport.

³⁵² Brouwer M. e.a., 'Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen (1-12)', 2019, p. 37.

³⁵³ *Kamerstukken II*, 2019/20, 34990, 4, p. 8.

van (bijzondere) regelgeving ter zake. In het bijzonder gaat het om: hoe vaak worden medische beslissingen rond het levenseinde voor kinderen van 1-16 jaar genomen en wat zijn de karakteristieken van deze beslissingen? De gedachte daarachter is dat het voor een juridische analyse van belang is om een realistisch beeld te hebben van de medische praktijk.

8.2 Methode van onderzoek

Sinds 1990 wordt in Nederland elke vijf jaar het sterfgevallenonderzoek uitgevoerd. In dat onderzoek wordt informatie verzameld over de praktijk van medische besluitvorming rond het levenseinde. In 2015 vond het onderzoek voor het laatst plaats. Voor elke onderzoeksronde neemt het Centraal Bureau voor de Statistiek een steekproef uit alle doodsoorzaakverklaringen uit de periode augustus tot en met november van het betreffende jaar. Voor sterfgevallen van kinderen van 1 tot 16 jaar worden alle sterfgevallen in de onderzoeksperiode meegenomen. Daarbij kan geen onderscheid worden gemaakt tussen kinderen jonger of ouder dan 12 jaar. De doodsoorzaakverklaringen worden in twee strata verdeeld: een stratum met sterfgevallen waarin op grond van de doodsoorzaak duidelijk is dat er geen medische beslissing rond het levenseinde genomen kan zijn, en een stratum met sterfgevallen waarin dat wel mogelijk is. Aan artsen die betrokken waren bij sterfgevallen waarbij een medische beslissing rond het levenseinde mogelijk was, wordt een vragenlijst gestuurd. Daarin wordt gevraagd of er voorafgaand aan het overlijden medische beslissingen rond het levenseinde waren genomen en, als dat het geval is, hoe en in welke context deze beslissingen tot stand kwamen.

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van de onderzoeksresultaten over de jaren 2010 en 2015. In 2010 overleden in totaal 363 kinderen in de leeftijd van 1-16 jaar. De steekproef omvatte in dat jaar 119 sterfgevallen. Er werden 117 vragenlijsten uitgestuurd, waarvan er 82 ingevuld retour werden ontvangen. In 2015 ging het om 296 sterfgevallen, een steekproef van 83 gevallen, 81 uitgezonden en 62 ingevulde vragenlijsten. Het responspercentage was dus 70% in 2010 en 77% in 2015; het aantal gevallen waarover hier wordt gerapporteerd is 84 voor 2010 en 64 voor 2015.

Bij de analyses wordt weging toegepast om verschillen in respons naar een aantal kenmerken van de overledene of arts te corrigeren. Daarmee zijn de

resultaten van het onderzoek representatief voor alle sterfgevallen van kinderen van 1 tot 16 jaar in 2010 en 2015.

8.3 Resultaten van het onderzoek

Tabel 1. Karakteristieken van overleden kinderen van 1-16 jaar³⁵⁴

	2010 <i>N=84N (%)</i>	2015 <i>N=64N (%)</i>
Geslacht		
Mannelijk	54 (58)	39 (55)
Vrouwelijk	30 (42)	25 (45)
Diagnose		
Maligniteit	14 (17)	21 (34)
Aangeboren aandoening	9 (10)	4 (7)
Anders	61 (73)	39 (59)
Plaats van overlijden		
Thuis	46 (54)	47 (73)
Ziekenhuis	35 (42)	13 (22)
Onbekend	3 (4)	4 (5)

In 2010 vonden in totaal 363 sterfgevallen van personen van 1 tot 16 jaar plaats. Het betrof iets meer jongens dan meisjes. Van deze kinderen overleed 17% aan een maligniteit, 10% aan een aangeboren aandoening en 73% aan een andere oorzaak. Iets meer dan de helft overleed thuis. In 2015 ging het in totaal om 296 sterfgevallen van personen van 1 tot 16 jaar. Het betrof ook in dat jaar iets meer jongens dan meisjes, terwijl een iets groter percentage kinderen overleed aan een maligniteit en ook het aandeel kinderen dat thuis overleed wat groter was.

³⁵⁴ Percentages zijn vanwege weging niet direct af te leiden uit de absolute aantallen.

Tabel 2. Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen van 1-16 jaar³⁵⁵

	2010	2015
	<i>N=84N (%)</i>	<i>N=64N (%)</i>
Overlijden was plotseling en onverwacht, geen MBL ³⁵⁶	35 (43)	31 (37)
Niet plotseling en onverwacht, geen MBL	15 (16)	5 (15)
MBL:	34 (41)	28 (48)
Mogelijk levensverlengende behandeling werd niet ingesteld	11 (14)	6 (9)
... waarvan met het uitdrukkelijke doel het overlijden te bespoedigen	1 (1)	2 (3)
Mogelijk levensverlengende behandeling werd gestaakt	19 (22)	12 (22)
... waarvan met het uitdrukkelijke doel het overlijden te bespoedigen	7 (7)	6 (10)
Symptoombestrijding werd geïntensiveerd	25 (30)	23 (40)
... waarvan mede met het doel het overlijden te bespoedigen	2 (2)	2 (3)
Middel werd toegediend met het uitdrukkelijke doel het overlijden te bespoedigen	0 (0)	0 (0)

In het sterfgevallenonderzoek werd gevraagd of er, rekening houdend met bespoediging van het levenseinde, een behandeling niet was ingesteld of gestaakt dan wel symptoombestrijding was geïntensiveerd. In 2010 werd een dergelijke beslissing in 41% van de gevallen genomen. In 14% van de gevallen ging het om het niet-instellen van een behandeling, bij 22% om het staken van een reeds ingezette behandeling en bij 30% om het intensiveren van symptoombestrijding. In de meeste gevallen was bespoediging van het levenseinde niet het uitdrukkelijke doel van de beslissing. In geen enkel geval werd een middel toegediend met het uitdrukkelijke doel het overlijden te bespoedigen. In 2010 was er wel één geval waarin de arts aangaf een hogere dosering morfine te hebben toegediend dan nodig voor symptoombestrijding. Bij 18% van de overleden kinderen (n=15) werd er voorafgaand aan het overlijden continue diepe sedatie toegepast.

³⁵⁵ Meer dan één beslissing per sterfgeval mogelijk; percentages zijn vanwege weging niet direct af te leiden uit de absolute aantallen.

³⁵⁶ MBL = medische beslissing rond het levenseinde.

In bijna de helft van alle gevallen in 2015 was een medische beslissing rond het levenseinde genomen. In dat jaar ging het bij 9% om het niet-instellen van een behandeling, bij 22% om het staken van een reeds ingezette behandeling en bij 40% om het intensiveren van symptoombestrijding. Bespoediging van het overlijden was in een derde tot de helft van de gevallen het uitdrukkelijke doel van deze beslissingen. Ook in 2015 werd in geen enkel geval een middel toegediend met het uitdrukkelijke doel het overlijden te bespoedigen, maar was er wel één geval waarin de arts aangaf een hogere dosering morfine te hebben toegediend dan nodig voor symptoombestrijding. Bij 22% van de overleden kinderen (n=12) werd er voorafgaand aan het overlijden continue diepe sedatie toegepast.

Bij niet-ingestelde of gestaakte behandelingen ging het in beide onderzoeksjaren om kunstmatige beademing, ziekenhuisopname, operatief ingrijpen, oncologische therapie, toediening van voeding en vocht, bloedproducten of medicatie. Intensivering van symptoombestrijding betrof veelal ophoging van opioïden en/of benzodiazepinen.

Tabel 3. Besluitvorming rond het levenseinde bij kinderen van 1-16 jaar³⁵⁷

	2010 N=34N (%)	2015 N=28N (%)
<i>Arts heeft bespoediging van het levenseinde besproken met:</i>		
Familie	22 (62)	15 (54)
Kind	9 (25)	11 (41)
Andere arts(en)	24 (72)	19 (71)
Verpleegkundige(n)	12 (32)	10 (35)
<i>Belangrijkste redenen voor beslissing:</i>		
Geen uitzicht op verbetering	21 (59)	16 (57)
Verwacht lijden van de patiënt	10 (30)	12 (42)
Ernstige pijn	13 (36)	10 (34)
Ernstige andere symptomen	14 (36)	12 (44)
Verzoek van kind	0 (0)	0 (0)
Verzoek van familie	10 (27)	6 (20)
Doorgaan met behandelen was te belastend	3 (10)	5 (20)
Verlies van waardigheid	6 (23)	1 (5)
Geen zinvolle behandeling meer mogelijk	22 (61)	³⁵⁸

³⁵⁷ Percentages zijn vanwege weging niet direct af te leiden uit de absolute aantallen.

³⁵⁸ Deze optie werd in 2015 niet voorgelegd.

	2010 N=34N (%)	2015 N=28N (%)z
<i>Geschatte mate van bekorting van de levensduur door beslissing:</i>		
Minder dan 24u	25 (75)	16 (62)
Een tot zeven dagen	6 (13)	6 (20)
Een tot vier weken	0 (0)	2 (8)
Een tot zes maanden	1 (5)	2 (6)
Onbekend	2 (7)	0 (0)

In 2010 waren de meest voorkomende redenen voor een beslissing die kon leiden tot bespoediging van het levenseinde, dat er geen zinvolle behandeling meer mogelijk was (61%), gevolgd door gebrek aan uitzicht op verbetering (59%), ernstige pijn (36%) en ernstige andere symptomen (36%). In dit jaar werd in de meeste gevallen de mate van levensbekorting ingeschat op minder dan 24 uur (75%) of enkele dagen (13%). In 62% van de gevallen werd de bespoediging van het levenseinde die het gevolg zou zijn van de behandelbeslissing, vooraf besproken met de ouders, in 25% van de gevallen met het kind, in 72% met collega-artsen en in 32% met verpleegkundigen.

In 2015 waren de vaakst genoemde redenen voor een beslissing die kon leiden tot bespoediging van het levenseinde, dat er geen uitzicht op verbetering bestond (57%), dat het kind veel lijden te wachten stond (42%) en dat het kind veel pijn (34%) of andere symptomen had (44%). Ook in 2015 werd in de meeste gevallen de mate van levensbekorting ingeschat op minder dan 24 uur (62%) of hooguit enkele dagen (20%). In 2015 werd in 54% van alle gevallen de bespoediging van het levenseinde die het gevolg zou zijn van de behandelbeslissing, vooraf besproken met de ouders, in 41% met het kind, in 71% met collega-artsen en in 35% met verpleegkundigen.

Tabel 4. Markering van medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen van 1-16 jaar¹

	2010 N=34N (%)	2015 N=28N (%)
Symptoombestrijding	13 (38)	10 (38)
Niet-behandelbeslissing	11 (29)	9 (32)
Palliatieve of terminale sedatie	6 (21)	7 (24)
Onbekend	4 (13)	2 (6)

In het sterfgevallenonderzoek werd aan artsen gevraagd welke term zij het beste vonden passen bij hun handelen. In 2010 gaf 38% de voorkeur aan symptoombestrijding, 29% aan niet-behandelbeslissing en 21% aan palliatieve of terminale sedatie. Geen enkele arts gaf aan dat er sprake was geweest van levensbeëindiging. In 2015 ging het om vergelijkbare getallen (respectievelijk 38%, 32% en 24%). Ook in dat jaar markeerde geen enkele arts zijn handelen als levensbeëindiging.

8.4 Discussie

In 2010 en 2015 werden er in iets minder dan de helft van de sterfgevallen onder kinderen van 1-16 jaar levenseindebeslissingen genomen. De beslissing die het meest frequent voorkomt is intensivering van de symptoombestrijding, gevolgd door het staken van mogelijk levensverlengende handelingen, al dan niet in combinatie met elkaar. Bijna altijd gebeurt dit in overleg met de familie, indien en voor zover mogelijk met het kind zelf, met een andere arts of met een verpleegkundige, maar er zijn ook gevallen waarin geen overleg plaatsvindt. De belangrijkste onderliggende redenen voor het nemen van een levenseindebeslissing zijn een gebrek aan uitzicht op verbetering en het afwezig zijn van een mogelijkheid van een zinvolle behandeling. In het overgrote deel van de gevallen waarin een levenseindebeslissing genomen werd, betrof het kinderen met een zeer beperkte levensverwachting van uren tot enkele dagen, zo is in ieder geval de inschatting van de arts.

Tussen de jaren 2010 en 2015 bestaan geen significante verschillen met betrekking tot de karakteristieken van medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen in de leeftijd van 1-16 jaar. Kleine verschillen zijn waar te nemen in frequenties: een lichte stijging van levenseindebeslissingen in 2015, waarbij met name intensivering van de symptoombestrijding iets is gestegen. In 2015 werd er minder frequent met de familie overlegd en wat vaker met het kind zelf.

Ter vergelijking: zowel in 2010 als in 2015 werd er in 58% van het totaal aantal sterfgevallen een medische beslissing rond het levenseinde genomen.³⁵⁹ Het percentage in de doelgroep van kinderen tussen de 1-16 jaar ligt daarmee iets

³⁵⁹ *Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Den Haag: ZonMw 2017, p. 238.

lager dan het percentage bij alle sterfgevallen. Ook bij de totale populatie van sterfgevallen komt intensivering van pijn- en/of symptoombestrijding met bespoediging van het levenseinde als mogelijk neveneffect het meest frequent voor (36% in zowel 2010 als 2015). Het gaat dan om gevallen waarin de arts rekening heeft gehouden met mogelijke bespoediging van het levenseinde, terwijl hij de handeling zelden mede met dit specifieke doel heeft verricht, en bij kinderen dus zelden tot nooit met het uitdrukkelijke doel. Hoewel het bij intensivering van symptoombestrijding in principe gaat om normaal medisch handelen, kan deze handeling in sommige gevallen wel dicht tegen (strafbaar) opzettelijk levensbeëindigend handelen aanliggen. Dat geldt met name als bespoediging van het overlijden mede het doel is van de handeling, maar ook als dat niet het uitdrukkelijke doel is, maar de arts zich wel bewust is van het levensverkortend effect en dat op de koop neemt (voorwaardelijk opzet).

8.5 Conclusie

Levensbeëindiging bij kinderen in de leeftijdscategorie van 1-16 jaar komt niet of nauwelijks voor, maar het grijze gebied tussen normaal en bijzonder medisch handelen bestaat hoogstwaarschijnlijk ook in de behandeling en zorg in de laatste levensfase van deze leeftijdscategorie. Voor handelen van artsen bij patiënten ouder dan 12 jaar zijn wettelijke kaders vormgegeven. Bij deze categorie is kennis over het grijze gebied met name van belang, omdat artsen in de gelegenheid gesteld moeten worden om zich aan deze wettelijke kaders te houden, en omdat artsen zich zodoende in de juiste situatie moeten (kunnen) beroepen op de juiste regelgeving. De relevantie van inzicht in het grijze gebied ligt anders bij de categorie van kinderen tussen de 1-12 jaar, omdat hiervoor geen afzonderlijke wettelijke (uitzonderings)regeling is getroffen en er zodoende geen uitzonderlijke wettelijke kaders bestaan, terwijl de algemene notie van noodtoestand (art. 40 Sr) voor deze categorie nooit nader is ingevuld. Kennis over en inzicht in het grijze gebied tussen normaal en bijzonder medisch handelen bij deze categorie is daarom met name relevant om de vraag te kunnen beantwoorden of regelgeving aangewezen is, en in welke mate artsen zich bij ontstentenis van regelgeving in het grijze gebied begeven. Dat is in zoverre logisch omdat met het handelen wordt beoogd een einde te maken aan vormen van ondraaglijk lijden, welk lijden zich nu eenmaal niet aan juridische leeftijdscategorieën pleegt te houden. Het feit dat

artsen sporadisch aangeven dat er een hogere dosering morfine is gegeven dan daadwerkelijk nodig was voor symptoombestrijding, duidt erop dat zij zich soms inderdaad op of zelfs over de grens tussen normaal en bijzonder medisch handelen bewegen. Daarmee is niet direct gezegd dat een regeling nodig is, maar het laat wel zien dat zich ook binnen deze leeftijdscategorie soms noodsituaties voordoen waarin een arts het ondraaglijk lijden van zijn patiënt wil stoppen, terwijl hij daartoe mogelijk niet over de juiste of in elk geval niet over dezelfde juridische modaliteiten van straffeloosheid kan beschikken als in andere gevallen (de Wtl vanaf 12 jaar en de Regeling beoordelingscommissie LZALP voor 0-1-jarigen) wel het geval is. Het is de vraag of de (gelijke) aard van het lijden dit juridisch onderscheid in leeftijdscategorieën wel steeds of voldoende rechtvaardigt.

Actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie bij kinderen; grenzen in een diffuus gebied

Een kwalitatief onderzoek onder Nederlandse kinderartsen³⁶⁰

9.1 Inleiding

Sinds de komst van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl) in 2002 is euthanasie door een arts onder omstandigheden toegestaan. Om in aanmerking te komen voor straffeloosheid moet de arts melding maken van zijn levensbeëindigend handelen en dient hij bij dat handelen te voldoen aan zes in de Wtl geformuleerde zorgvuldigheidseisen. Omdat het vereiste ‘oordeel des onderscheids’ voor het doen van een vrijwillig en weloverwogen verzoek – één van die zorgvuldigheidseisen – bij kinderen onder de 12 jaar meestal nog niet aanwezig is, ligt bij die leeftijd de grens van de wettelijke uitzonderingsregeling.³⁶¹ Dit houdt in dat wanneer een arts bij een kind jonger dan 12 jaar toch overgaat tot actief levensbeëindigend handelen, hij strafbaar is.

Dat levensbeëindigend handelen bij kinderen in de leeftijd van 1-12 jaar niet is toegestaan, maakt dat de arts bij deze patiënten aangewezen is op andere vormen van zorg om ernstig of ondraaglijk lijden tegen te gaan.³⁶² Eén van die vormen is palliatieve sedatie: het opzettelijk verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase om lijden te verlichten.³⁶³ Palliatieve

³⁶⁰ Dit hoofdstuk is een bewerking van een deel van het onderzoeksrapport Brouwer M., van der Heide A., Hein I., Maeckelberghe E., Verhagen E., van de Wetering V., ‘Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen’ (1-12), 2019.

³⁶¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26691, 3, p. 3

³⁶² Voor kinderen van 0-1 jaar geldt in Nederland een aparte regeling, die in dit artikel verder niet apart behandeld zal worden.

sedatie wordt, anders dan euthanasie, gezien als normaal medisch handelen: doen dan wel nalaten dat past binnen de reguliere medische praktijk.

De (mogelijke) juridische gevolgen van euthanasie (en levensbeëindiging zonder verzoek) ten opzichte van palliatieve sedatie maken een helder onderscheid tussen beide handelwijzen van essentieel belang. Maar het is de vraag of het juridisch vormgegeven onderscheid aansluiting vindt bij de medische praktijk. Euthanasie en palliatieve sedatie komen overeen in de zin dat bij beide handelingen het voornaamste doel het opheffen van ondraaglijk lijden van de patiënt is. Bij euthanasie gebeurt dit door middel van het bewust en opzettelijk beëindigen van het leven van de patiënt; bij palliatieve sedatie door middel van het in slaap brengen van de patiënt. Het belangrijkste onderscheid tussen de handelwijzen zou daarmee zijn dat de ene handeling het leven bekort, en de andere handeling niet. Maar juist daarover blijkt onzekerheid te bestaan.³⁶⁴

Uit het voorgaande blijkt dat het onderscheid tussen euthanasie en palliatieve sedatie misschien niet altijd eenduidig te maken is, maar het maken van dit onderscheid is wel van belang. Een gevolg van het onderscheid tussen palliatieve sedatie en euthanasie, ofwel tussen normaal en bijzonder medisch handelen, betreft de verklaring van overlijden. In het geval van palliatieve sedatie sterft de patiënt een natuurlijke dood en dient de arts een verklaring van natuurlijk overlijden af te geven. Wanneer de patiënt overlijdt ten gevolge van euthanasie is sprake van een niet-natuurlijke dood en dient melding door de arts bij de gemeentelijk lijkschouwer te volgen, waarna deze een doodsoorzaakverklaring afgeeft.

Om als arts aan de wettelijke vereisten wat betreft het melden van een natuurlijke versus een niet-natuurlijke dood te kunnen voldoen is het van belang dat helder is wat euthanasie onderscheidt van palliatieve sedatie. Het is echter de vraag of de lijn tussen beide handelingen in de praktijk daadwerkelijk zo scherp te trekken is als binnen de huidige regelgeving wordt verondersteld, en of er sprake is van een raakvlak tussen palliatieve sedatie en euthanasie. In dit artikel wordt aan de hand van kwalitatieve interviews

³⁶³ KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, 2009

³⁶⁴ V.E. van de Wetering, P.A.M. Mevis, A. van der Heide, 'De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de "Typizität" van levensbeëindigend handelen', *RMThemis* 2019-6

onder Nederlandse kinderartsen onderzocht waar in de medische praktijk de grenzen liggen in dit diffuse gebied.

9.2 Methode

Om een beeld te krijgen van het diffuse gebied tussen actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie bij kinderen, hebben wij in de periode van november 2016 tot oktober 2018 kwalitatieve diepte-interviews met kinderartsen gehouden. In totaal zijn er 34 kinderartsen uit diverse regio's geïnterviewd. Allen hadden te maken (gehad) met palliatieve zorg bij kinderen. Deelnemende artsen werden geworven via de Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde, de Universitair Medische Centra en andere platforms.

De vragen betreffende het diffuse gebied waren onderdeel van een bredere studie naar de praktijk van levenseindezorg bij kinderen. De complete vragenlijst omvatte 13 thema's met betrekking tot zorg voor ernstig zieke kinderen: ziekteverloop, impact van de ziekte, symptomen, psychosociale gevolgen, gegeven zorg en lacunes in de zorg, toekomst perspectieven, opvattingen over een 'ideaal' levenseinde, kwaliteit van leven, lijden, ondraaglijk lijden, zingeving en coping, ideale zorg en het grensgebied tussen levensbeëindiging en intensieve symptoombestrijding. Het laatste thema was met name relevant voor dit artikel, maar wanneer het thema eerder in het interview aan bod kwam, werden de uitkomsten meegenomen in dit onderzoek.

De antwoorden op de open vragen zijn geanalyseerd met behulp van een framework analyse-methode, bestaande uit vijf fasen: 1) vertrouwdmaking; 2) identificeren van een thematisch kader; 3) indexering; 4) in kaart brengen; en 5) mapping en interpretatie. Tijdens de eerste fase maakten twee onderzoekers (VvdW & AvdH) zich vertrouwd met de inhoud van de interviews en vormden zij zich een eerste beeld van belangrijke, terugkerende thema's door de transcripties te lezen en herlezen. Tijdens de tweede fase identificeerden de onderzoekers een thematisch kader met hoofdthema's, concepten en deelthema's. De fase van indexering hield in dat de onderzoekers delen van de interviewtekst hebben geïdentificeerd die bij een bepaald thema horen. Vervolgens werden tijdens de vierde fase (het in kaart brengen) onderdelen van de uitkomsten opnieuw gerangschikt in thema's. Dit hield in dat data uit

de oorspronkelijke tekstuele context werd gehaald en geplaatst in diagrammen bestaande uit de in stap 2 geïdentificeerde thema's en subthema's. Tijdens de laatste fase (mapping en interpretatie) is de dataset in zijn geheel in kaart gebracht en geïnterpreteerd.

De medisch-ethische toetsingscommissie van het UMCG beoordeelde het onderzoeksprotocol en keurde het goed. De interviews duurden ongeveer 60 minuten, werden met een audiorecorder opgenomen en zijn achteraf letterlijk uitgetypt. Voorgaand aan de interviews werd aan de respondent uitgelegd dat de audio-opnames en transcripten vertrouwelijk en anoniem behandeld zouden worden. Alle deelnemers tekenden vervolgens voor 'informed consent'.

9.3 Resultaten

Verskil tussen actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie

De meeste geïnterviewde artsen gaven aan dat zij euthanasie of actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie in principe als twee duidelijk te onderscheiden handelwijzen zien. Bij actieve levensbeëindiging wordt medicatie toegediend met het doel het leven te beëindigen, met als direct gevolg het overlijden van het kind. Bij palliatieve sedatie wordt op geleide van de symptomen medicatie toegediend of opgehoogd met het doel het kind comfortabel te maken door het te laten inslapen, waarna, na langere of kortere tijd, de dood intreedt, zonder dat bespoediging van het overlijden de intentie is. De intentie is dus een belangrijk onderscheidend criterium.

Ao1: Ik vind dat twee totaal verschillende dingen. Ik vind euthanasie ... is een moment waarbij je electief kiest om iemands leven te beëindigen. Iemand die zo weinig prognose heeft of zo levensmoe is of zo uitbehandeld is, dat hij zegt: dit hoeft niet meer, ook geen palliatief traject meer. En ik wil graag nu een afspraak met de dood maken.

Ao2: Ik denk dat palliatieve sedatie bedoeld is om een kind niet te laten lijden, terwijl euthanasie bedoeld is om echt actief het leven te beëindigen.

Sommigen zien ook een belangrijk verschil wat betreft het moment waarop de handelwijze wordt ingezet.

Ao3: Palliatieve sedatie wordt natuurlijk pas toegepast als het lichaam heel duidelijk aangeeft dat het sterven heel dichtbij is. Euthanasie kan daar natuurlijk ook nog ver ... misschien nog zelfs wel ver voor liggen. Het moment van euthanasie. Dat is voor mij, denk ik, gevoelsmatig het belangrijkste verschil.

Overeenkomsten tussen actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie

Tegelijkertijd vinden veel artsen dat er ook belangrijke overeenkomsten zijn tussen actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie waardoor het onderscheid in de praktijk niet altijd duidelijk is. Zo zijn beide handelwijzen gericht op opheffen van het lijden van het kind, overlijdt het kind na inzet van beide handelwijzen, en kan sedatie het overlijden ook bespoedigen.

Ao4: Euthanasie is natuurlijk veel directer en veel sneller. Maar indirect doen we natuurlijk gewoon hetzelfde. Want palliatieve sedatie is ophogen totdat iemand comfortabel is. Ja, en meestal heeft dat ook de dood tot gevolg. Het gaat alleen langzamer, het gaat geleidelijker. En je hebt met name je ogen gericht op het comfort van die patiënt.

Daarbij is de intentie waarmee de handelwijze wordt ingezet niet altijd onderscheidend en zijn er verschillende grijstinten van intenties: de varianten 'doelbewust een leven beëindigen', 'bespoediging van het levenseinde accepteren als niet bedoeld neveneffect van noodzakelijke symptoombestrijding', met als tussenvorm 'bespoediging van het levenseinde verwelkomen als neveneffect van een handelwijze waarvan het hoofddoel symptoombestrijding is', lopen in de praktijk in elkaar over.

Ao5: Maar goed, als er dan pijn en ongemakken zijn, is dat natuurlijk heel moeilijk, (...) dan denk ik toch ook (...) je kunt toch altijd meer Dormicum geven. Daarom heb ik er zo veel moeite mee, dat je niet meer zou mogen geven. Als het doel is: overlijden. Waarom zou je dan niet meer mogen geven? Dat vind ik wel, zonder dat je dan dus weer een nieuwe cesuur in het proces gaat inbrengen; van palliatief gaan we nu naar actief. Als je ruimte biedt in het palliatieve traject om zoveel te geven dat het misschien wel actief is. ...

Er is vaak ook onzekerheid over het effect van palliatieve sedatie: artsen vragen zich achteraf soms af of hun handelen het overlijden van een kind heeft bespoedigd, en of zij daarmee dan mogelijk een handeling hebben verricht

die juridisch gezien als levensbeëindiging gekwalificeerd zou moeten worden. Soms zijn dergelijke twijfels er al op voorhand, maar wordt sedatie niettemin opgestart vanwege de noodzaak van symptoomverlichting. De ene arts maakt zich hier zorgen over en probeert dergelijke situaties te vermijden, voor de andere hoort dergelijk handelen bij goede zorg in de laatste levensfase.

Ao2: Eh, toen heb ik nog wel achteraf bedacht van: nou, heb ik nou niet iets te actief bespoedigd? Maar aan de andere kant dacht ik later weer van: ja weet je, dit kind was anders ook doodgegaan.

Is het een probleem als palliatieve sedatie het overlijden mogelijk bespoedigt?

Een duidelijk voorbeeld van een handelwijze in het grijze gebied is het geven van sedativa in combinatie met spierverslappers na detubering: als een kind dat naar verwachting zelfstandig niet adequaat kan ademen gedetubeerd wordt, kan er sederende medicatie worden gegeven om te voorkomen dat het kind toch gaat ademen en benauwd wordt en/of een langdurig overlijdensproces door moet maken. De wetenschap dat daarmee het overlijden mogelijk zal worden bespoedigd staat dergelijk handelen voor sommige artsen in de weg, maar anderen zien daarin geen probleem. Volgens een geïnterviewde arts, die zelf geen probleem heeft met een dergelijke handelwijze, vinden sommige collega's dat beademing bij ernstig zieke kinderen alleen kan worden stopgezet als zeker is dat het kind niet zelfstandig zal gaan ademen.

Sommige artsen vinden het sowieso geen probleem om ruimhartig om te gaan met de dosering van middelen die het lijden moeten verlichten, ook als dat de aanmerkelijke kans op bespoediging van het overlijden met zich meebrengt, omdat het lijden van kinderen én ouders daarmee verzacht wordt. De draagkracht van ouders kan ook een motief zijn bij dit handelen. Een respondent vindt dat artsen moedig moeten zijn en niet bang om in het belang van het kind voldoende medicatie ter verlichting van het lijden te geven. Er zijn ook artsen die niet inzien waarom een stervensproces niet verkort zou mogen worden, ook als het kind niet lijdt, zeker niet als daartoe samen met ouders wordt besloten. Zij zien verkorten van het stervensproces niet als actieve levensbeëindiging.

Ao6: Ik vind het geen probleem als samen met ouders wordt besloten om de morfine op te hogen bij een kind dat toch doodgaat. Het maakt niet uit of je 12 of 24 of 36 uur in coma ligt voordat je doodgaat.

Andere artsen hebben veel meer moeite met het idee dat hun handelen een levensbekortend effect zou kunnen hebben. Als een kind kort na het toedienen van sedativa overlijdt maken sommige artsen zich zorgen of hun handelen daar aan heeft bijgedragen. Een arts vindt vooral situaties waarin vooraf wordt afgesproken dat het kind zal worden gesedeerd als het niet comfortabel is na stoppen van de behandeling als problematisch, omdat het eigenlijke doel van de sedatie dan bespoediging van het levenseinde zou zijn. Sommige artsen vinden het erg lastig als ze zien dat palliatieve sedatie wordt ingezet om het overlijden te bespoedigen, maar voor anderen is het verkorten van lijden zonder meer in het belang van het kind.

De rol van ouders

Artsen zien het over het algemeen duidelijk als hun taak of plicht om het lijden van kinderen in de laatste levensfase te verzachten en er zorg voor te dragen dat het overlijdensproces zonder onnodig lijden verloopt. Dat vinden zij niet alleen voor het kind, maar ook voor de ouders belangrijk. Daarbij zijn sommige ouders goed in staat om in te schatten wat hun kind doormaakt en of medische maatregelen nodig zijn, soms zelfs beter dan de arts. Voor andere ouders is dat veel lastiger, doordat zij signalen zien die er volgens de arts niet zijn of die niet op lijden duiden, of doordat zij hun eigen emoties niet goed kunnen onderscheiden van het lijden van het kind. Sommige artsen vinden dan ook dat ouders mee moeten beslissen over de behandeling en intensieve vormen van symptoombestrijding, andere vinden dat de verantwoordelijkheid daarvoor hoofdzakelijk bij de arts ligt, ook omdat het voor ouders erg belastend kan zijn als er een cesuur gemaakt wordt en zij ineens expliciet toestemming moeten geven voor bijvoorbeeld het ophogen van morfine.

Ao7: Dus ik zeg dat toch ook wel vaak tegen ouders: weet je, we beginnen, maar het kan wel zijn dat we hier, over een week, met elkaar zitten en dat we andere beslissingen moeten nemen.

Ao8: Dus dan moet je gewoon heel duidelijk zijn, ook naar ouders toe van: ik heb dat gedaan, het is mijn verantwoordelijkheid.

Is actieve levensbeëindiging een noodzakelijke optie?

Een aantal artsen geeft aan het prettig te vinden dat actieve levensbeëindiging niet is toegestaan, omdat ze daarmee ook niet hoeven te overwegen of ze het in bepaalde situaties acceptabel zouden vinden of zouden willen toepassen.

Palliatieve sedatie wordt ten opzichte van levensbeëindiging door een aantal artsen nadrukkelijk gekwalificeerd als een handelwijze die voelt als ‘goed doen’, voor zowel het kind als de ouders.

A04: Ik vind het stukje palliatieve sedatie wel... Persoonlijk, maar dat is echt vanuit mijn persoon, vind ik dat wel heel prettig, omdat het zo gericht is op comfort.

A09: Nee, gelukkig, dat het (levensbeëindiging) qua regelgeving niet mag.

Artsen verschillen van mening over de vraag of bij het verlichten van lijden in de stervensfase reguliere doseringen van medicatie, dat wil zeggen doseringen waarbij er geen risico is van bespoediging van het overlijden, altijd afdoende zijn. Sommigen menen van wel, andere van niet, waarbij het overigens niet duidelijk is of er een eenduidige interpretatie is van wat reguliere doseringen zouden zijn. Sommige artsen zijn stellig van mening dat actieve levensbeëindiging bij wilsonbekwame kinderen nooit echt nodig is, andere zouden dat in uitzonderingsgevallen wel een zinvolle optie vinden. Er is geen enkele arts die er van overtuigd is dat actieve levensbeëindiging in een regelmatig voorkomende behoefte zou voorzien.

A10: Ik vind dat je heel veel aandacht moet besteden aan het besluit dat het medisch zinloos handelen is. Dat het daarna in de uitvoering is het aan ons. Dat vind ik dus echt restrictief, zoals de regelgeving nu is, om te bepalen wat de beste manier is om comfort te bieden. Ik denk dat juristen daar geen verstand van hebben. Dat weet ik wel zeker. Dat vind ik een ethisch dilemma en in de praktijk houden we ons er ook niet aan, want wij denken: ik vind de patiënt oncomfortabel en ik geef hem nu iets waarmee hij comfortabel is.

Regelmatig wordt door artsen geconstateerd dat er vroeger wel levensbeëindigend gehandeld werd bij kinderen, niet zelden op verzoek van ouders, maar dat dat tegenwoordig niet meer voorkomt. Enkele artsen denken dat er grote verschillen zijn tussen ziekenhuizen wat betreft besluitvorming over behandeling van ernstig zieke kinderen en symptoomverlichting in de laatste levensfase.

9.4 Discussie

De meeste artsen zien actieve levensbeëindiging en palliatieve sedatie in principe als twee duidelijk te onderscheiden handelwijzen. Tegelijkertijd vinden veel artsen dat er ook belangrijke overeenkomsten zijn, waardoor het onderscheid in de praktijk niet altijd duidelijk is. Sommige artsen vinden het geen probleem om ruimhartig om te gaan met de dosering van middelen die het lijden moeten verlichten, ook als dat de aanmerkelijke kans op bespoediging van het overlijden met zich meebrengt. Andere artsen hebben veel meer moeite met het idee dat hun handelen een levensbekortend effect zou kunnen hebben. Waar sommige artsen vinden dat ouders mee moeten beslissen over de behandeling en intensieve vormen van symptoombestrijding, vinden andere dat de verantwoordelijkheid daarvoor hoofdzakelijk bij de arts ligt. Hoewel sommige artsen stellig van mening zijn dat actieve levensbeëindiging bij wilsonbekwame kinderen nooit echt nodig is, zouden andere dat in uitzonderingsgevallen wel een zinvolle optie vinden. Er is geen enkele arts die er van overtuigd is dat actieve levensbeëindiging in een regelmatig voorkomende behoefte zou voorzien.

Uit de interviews blijkt dat sprake is van twee type artsen. Een deel van de artsen geeft aan het ingewikkeld te vinden levensbeëindigend handelen en palliatieve sedatie van elkaar te onderscheiden; een ander deel meent daarentegen dat geen sprake is van overlap en vindt dat het om twee duidelijk verschillende handelwijzen gaat. Echter, bij doorvragen blijkt dat het bij die tweede categorie artsen vaak gaat om een onderscheid dat in theorie goed te maken is, met name door het verschil in intentie en vanwege het moment van inzetten van de handeling, maar dat de praktijk toch voor de nodige onhelderheid zorgt. Wanneer er over doorgevraagd wordt benoemen bijna alle artsen aspecten die op een grijs gebied duiden. Een deel van de artsen is zich heel bewust van het feit dat hun handelen het overlijden mogelijk bespoedigt en wil dit koste wat kost voorkomen, terwijl er ook artsen zijn die menen dat het soms bij goede zorg hoort en dat een eventueel levenseinde bespoedigend effect niet uitmaakt als de situatie daarom vraagt.

Uit de resultaten van de interviews spreekt dat artsen vergaande juridische inmenging in hun medisch professionele handelen onwenselijk achten. Toch lijkt er vanuit de artsen ook een zekere worsteling te bestaan over de bepaling wat verantwoord en onverantwoord handelen is. Helderheid over wat mag

en wat niet mag kan hierbij helpen. Dat is uiteindelijk ook de onderliggende reden dat de medische beroepsgroep zo intensief betrokken is geweest bij de totstandkoming van de euthanasiewet: om vanuit helderheid over de juridische kaders handvatten te krijgen bij de te bieden levenseindezorg. Dat is in levenseindezorg bij volwassenen zo, en bij die zorg voor kinderen is dat niet anders. Het beeld dat door sommige artsen wordt geschetst over in de loop der jaren veranderend handelen illustreert dit ook.

9.5 Conclusie

De perspectieven van de arts en de jurist komen idealiter bij elkaar, maar dit onderzoek maakt duidelijk dat het medisch en juridisch perspectief ook in de levenseindezorg voor kinderen nog niet voldoende op elkaar aansluiten. De arts dient zich te verhouden tot de juridische materie, en de jurist moet ervoor zorgen dat de wet kan worden toegepast binnen het handelingsperspectief van artsen. In theorie lijkt het onderscheid helder, maar in de medische praktijk blijkt het toch ingewikkelder te zijn een heldere afbakening tussen de twee handelwijzen te maken. Zowel artsen als juristen moeten uitdiepen hoe de juridische classificatie van medisch handelen beter kan worden afgestemd op de perceptie van artsen van hun handelingen, want op deze manier vormt deze discrepantie een probleem.

Opvattingen van Duitse kinderartsen over actieve levensbeëindiging

Een kwalitatief onderzoek³⁶⁵

10.1 Inleiding

Nederland kent sinds 2002 een wettelijke bepaling die euthanasie bij patiënten van 12 jaar en ouder onder omstandigheden toestaat. Deze leeftijdsbeperking heeft ermee te maken dat pas vanaf 12 jaar uitgegaan wordt van wilsbekwaamheid, en zodoende pas dan een rechtsgeldig verzoek tot levensbeëindiging kan worden gedaan. Onlangs verscheen een rapport over de Nederlandse praktijk van medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen in de leeftijd van 1-12 jaar.¹ Uit het aan dit rapport ten grondslag liggende onderzoek komt naar voren dat er momenteel geen aanwijzingen bestaan dat actieve levensbeëindiging bij kinderen van 1-12 jaar in Nederland wordt toegepast.¹ Wel geven artsen aan dat ondraaglijk en uitzichtloos lijden bij kinderen in deze leeftijdscategorie voorkomt en dat het niet altijd mogelijk is dit lijden voldoende te bestrijden.¹ In dit geval kiezen zij soms noodgedwongen voor palliatieve sedatie of het stoppen van kunstmatig toegediende vocht en voeding, terwijl dit een langdurig en belastend overlijdensproces met zich kan meebrengen. Uit het rapport blijkt dan ook dat er onder een deel van de artsen, maar ook onder ouders behoefte bestaat aan verruiming van de mogelijkheid van actieve levensbeëindiging bij kinderen.¹

³⁶⁵ Een Duitstalige versie van dit onderzoek is ter publicatie aangeboden aan *Monatsschrift Kinderheilkunde*. De tekst is inhoudelijk afgesloten in februari 2020. Auteurs: V.E. van de Wetering, A. Overbeek, A.A.E. Verhagen, P.A.M. Mevis, A. van der Heide.

Ook in Duitsland worden regelmatig beslissingen rond het levenseinde genomen bij ernstig zieke kinderen. Echter, in Duitsland is euthanasie, (*‘aktive Sterbehilfe’*), in geen enkel geval toegestaan.² Bij de behandeling van ernstig zieke kinderen hebben Duitse artsen wel de mogelijkheid om *‘passive Sterbehilfe’* toe te passen. Van *‘passive Sterbehilfe’* is volgens het Duitse *‘Handbuch des Medizinstrafrechts’* sprake wanneer een zorgverlener afziet van handelingen die een naderend levenseinde uitstellen.³ Hoewel de term anders doet vermoeden, valt onder *‘passive Sterbehilfe’* ook het staken van een behandeling door middel van een actieve verrichting.³ Een andere mogelijkheid is palliatieve sedatie: het inzetten van sederende medicatie om het lijden te verlichten c.q. de symptoomlast tot een aanvaardbaar niveau te verlagen.⁴ In tegenstelling tot de Nederlandse regelgeving, is hieraan geen levensverwachting-criterium gebonden.

Waar uit Nederlands onderzoek blijkt dat er soms behoefte is aan de mogelijkheid van actieve levensbeëindiging bij kinderen,^{1,5} is het de vraag of dat een typisch Nederlandse behoefte is. De meerderheid van de artsen in Duitsland is in elk geval tegen een algemene wettelijke euthanasieregeling.^{6,7} Onbekend is of deze weerstand ook onder Duitse kinderartsen speelt. Indien wel, dan rijst de vraag hoe dat verschil tussen Nederlandse en Duitse kinderartsen kan worden verklaard. Het doel van dit onderzoek is inzicht te verkrijgen in 1) de interpretatie van medisch handelen rond het levenseinde door Duitse kinderartsen en 2) de behoefte bij deze artsen aan de mogelijkheid van actieve levensbeëindiging bij kinderen.

10.2 Methodes

Potentiële deelnemers aan dit onderzoek waren kinderartsen uit diverse regio's in Duitsland die te maken hebben met palliatieve zorg voor kinderen. Contactgegevens werden verkregen via de 'sneeuwbalmethode'. Potentiële deelnemers werden telefonisch of via email benaderd. Indien een arts bereid was tot deelname aan het onderzoek, werd een diepte-interview ingepland dat op de werklocatie of bij de deelnemer thuis plaatsvond.

Voorafgaand aan de interviews werd aan deelnemers expliciet toestemming gevraagd om 1) het interview middels een audiorecorder op te nemen en 2) het interview door een professioneel transcribeerbedrijf te laten uitwerken.

Hierna werden vragen gesteld over demografische gegevens, en ervaringen en opvattingen van de respondent met betrekking tot lijden bij kinderen, ‘*passive Sterbehilfe*’, palliatieve sedatie en ‘*aktive Sterbehilfe*’ (zie bijlage voor de vragenlijst).

De uitgetypte interviews werden ingevoerd en geanalyseerd in NVivo, een analyseprogramma voor kwalitatief onderzoek. Op basis van de gestelde vragen en de antwoorden van deelnemers werden in NVivo codes opgesteld. Tekstfragmenten en codes werden hierbij aan elkaar gekoppeld. Tussentijds werden de codes van twee onderzoekers (VvdW en AO) met elkaar vergeleken en indien nodig bijgewerkt. Alle citaten in dit artikel zijn door de auteurs letterlijk vertaald.

De medisch-ethische toetsingscommissie van het Erasmus MC beoordeelde het onderzoeksprotocol en had geen bezwaar tegen uitvoering van het onderzoek.

10.3 Resultaten

10.3.1 Demografische gegevens

Interviews vonden plaats in de periode van 1 maart 2018 tot 1 maart 2019. De duur van de interviews varieerde tussen 28 en 78 minuten. In totaal namen 19 artsen aan de studie deel, waarvan 10 mannen en 9 vrouwen (zie tabel 1). De gemiddelde leeftijd was 47 jaar. Deelnemende artsen werkten in Berlijn (n=12), Datteln (n=3), Hannover (n=3) en München (n=1). De beroepservaring varieerde tussen de 6 en 33 jaar.

Tabel 1. Kenmerken van de 19 deelnemers

<i>Volgnr. Arts</i>	<i>Geslacht</i>	<i>Werkzaam in</i>	<i>Aanvullende specialisatie</i>
1	M	Berlijn	Palliatieve geneeskunde
2	M	Berlijn	Kinderoncologie
3	V	Berlijn	Palliatieve geneeskunde
4	V	Berlijn	Palliatieve geneeskunde
5	V	Berlijn	Palliatieve geneeskunde, medische ethiek
6	V	Berlijn	Kinderhematologie en -oncologie
7	M	Berlijn	Kinder Intensive Care

<i>Volgnr. Arts</i>	<i>Geslacht</i>	<i>Werkzaam in</i>	<i>Aanvullende specialisatie</i>
8	M	Berlijn	Palliatieve geneeskunde, kinderoncologie, pijntherapie
9	M	Berlijn	Kinder Intensive Care, kindercardiologie
10	V	Berlijn	Palliatieve geneeskunde
11	M	Berlijn	Kinderhematologie en -oncologie, stamceltransplantatie
12	V	Berlijn	Palliatieve geneeskunde, kinder Intensive Care
13	V	Datteln	Palliatieve geneeskunde
14	M	Datteln	Palliatieve geneeskunde, kinderhematologie en -oncologie, pijntherapie
15	V	Datteln	Palliatieve geneeskunde, pijntherapie
16	V	München	-
17	M	Hannover	Kinder Intensive Care
18	M	Hannover	Kinder Intensive Care, kindercardiologie
19	M	Hannover	Kinder Intensive Care

10.3.2 Lijden

Bijna alle artsen delen de ervaring dat lijden van ernstig zieke kinderen in bepaalde situaties ondraaglijk kan zijn. Ondraaglijk lijden kan ontstaan wanneer kinderen angst, paniek, ernstige symptomen, hevige pijn, wanhoop of een doodswens ervaren. Verder kan ondraaglijk lijden volgens de onderzochte artsen ontstaan wanneer kinderen zich isoleren, zich niet kunnen ontspannen, aanvoelen geen hulp meer te kunnen krijgen of wanneer handelingen van zorg uitgevoerd worden *‘die veel verder gaan dan wat wij eigenlijk nog als zinvol beschouwen’*. (Nr. 19)

Het verlies van het kind en de daarmee samenhangende wanhoop zijn voor veel ouders ondraaglijk. Het lijden van ouders kan volgens artsen op het kind overgedragen worden en heeft in sommige gevallen invloed op de behandeling van het kind, bijvoorbeeld wanneer palliatieve sedatie ingezet wordt omdat ouders de situatie anders niet kunnen verdragen.

De kinderartsen geven aan dat zij het ondraaglijke lijden van kinderen op diverse manieren proberen te verlichten. Zij doen dat allereerst middels symp-

toombestrijding of palliatieve sedatie. Daarbij kan het helpen de expertise in te schakelen van een kindhospice, van palliatieve teams of van verpleging of door zorg aan huis te organiseren. Ook het vermijden van onnodig ingrijpen, gesprekken met een psycholoog of pedagoog, en therapieën zoals kunst- of muziektherapie kunnen het lijden verlichten.

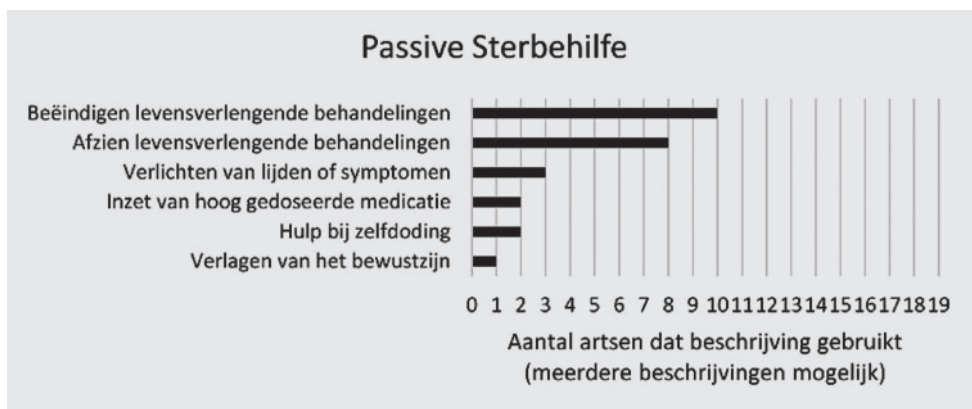
10.3.3 'Passive Sterbehilfe' en palliatieve sedatie

Onder '*passive Sterbehilfe*' verstaan veel artsen het afzien of staken van levensverlengende behandelingen (Figuur 1). Toch wordt bij dit begrip ook de inzet van een hoge dosering medicatie en (hulp bij) zelfdoding beschreven:

"Passive Sterbehilfe", dat is wanneer men op de een of andere manier iets geeft, wat de patiënt tot zich neemt of de ouders de patiënt aanreiken, en het kind dan overlijdt.' (Nr. 15)

Een klein aantal ondervraagde artsen heeft duidelijke twijfel over de definitie van '*passive Sterbehilfe*'. Twee artsen geven aan dat ze de termen '*aktive en passive Sterbehilfe*' niet gebruiken omdat deze termen vandaag de dag niet meer bestaan of omdat het '*zeer vage concepten*' zijn. (Nr. 4) Anderen menen dat het stoppen van een kunstmatige ademhaling '*aktive Sterbehilfe*' is, '*omdat de patiënt dan sterft.*' (Nr. 17) De meerderheid van de ondervraagde artsen is bereid '*passive Sterbehilfe*' toe te passen.

Figuur 1 Beschrijving van '*passive Sterbehilfe*' door artsen



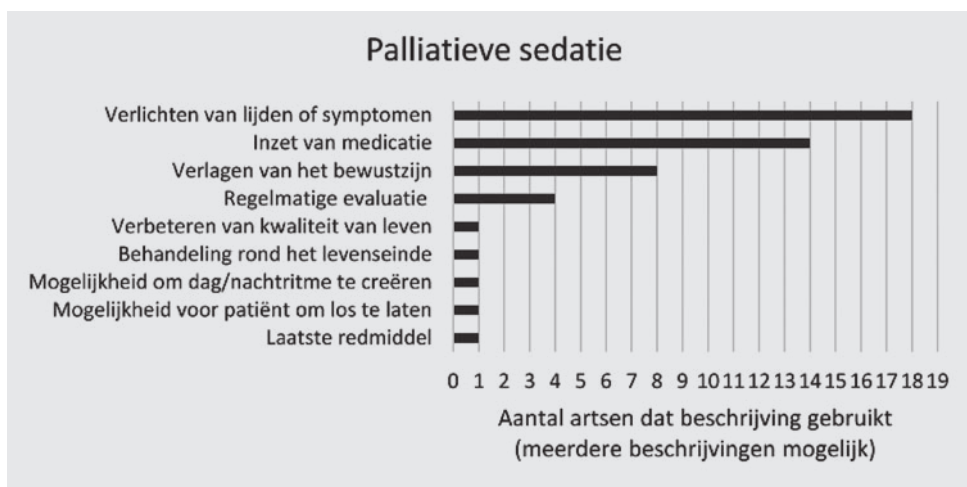
Onder palliatieve sedatie verstaat een grote meerderheid van de ondervraagde artsen verlichting van lijden of symptomen door de inzet van medicatie (Figuur 2). Eén arts beschrijft palliatieve sedatie als volgt:

‘Dus alleen, wanneer je het gevoel hebt dat alles, alles, alles wat kan geprobeerd is, en niets daarvan werkt en er nog altijd sprake is van permanent lijden.’ (Nr. 13)

De meerderheid van de ondervraagde artsen is bereid palliatieve sedatie toe te passen. Eén arts past zeer vaak palliatieve sedatie toe. Volgens hem gaat het er bij palliatieve sedatie meestal niet om het bewustzijn volledig te dempen, maar om het bieden van een dag/nachtritme zodat het kind de laatste levensfase met minder angst en onrust doorbrengt. (Nr. 19) Twee andere artsen hebben daarentegen nog nooit palliatieve sedatie ingezet.

‘In die 7 jaren hebben wij nooit palliatieve sedatie toegepast. (...) Ik heb het gevoel dat het in theorie een groter thema is dan in de praktijk. (...) Ik geloof werkelijk dat men in 99 procent van de gevallen het lijden kan verlichten.’
(Nr. 13)

Figuur 2 Beschrijving van ‘palliatieve sedatie’ door artsen



Bijna alle ondervraagde artsen zijn van mening dat palliatieve sedatie in bepaalde situaties levensbekortend kan zijn:

‘Dat is niet alleen met palliatieve sedatie zo, maar ook met andere medicatie die wij toedienen ter verlichting van symptomen, die leiden tot ontspanning en loslaten. Dat het kind niet meer vecht voor het leven, maar loslaat en sterft.’
(Nr. 3)

De meeste artsen houden rekening met een mogelijk levensbekortend effect van hun handelen en bespreken dat met ouders en/of collegae. Eén arts geeft aan palliatieve sedatie wel eens in te zetten met het doel het leven te bekorten. Twee artsen houden bij palliatieve sedatie geen rekening met een levensbekortend effect:

‘Ik weet dat er collega’s zijn die dit anders zien. Ook ouders vragen dat van ons, maar het is iets waar ik niet alleen geen rekening mee houd, maar wat ik ook actief probeer niet te doen.’ (Nr. 3)

10. 3.4 ‘Aktive Sterbehilfe’

Bijna alle kinderartsen zijn van mening dat er een duidelijk onderscheid bestaat tussen palliatieve sedatie en ‘aktive Sterbehilfe’. Volgens hen bestaat het onderscheid erin dat ‘aktive Sterbehilfe’ strafbaar is, dat het om andere medicatie gaat, er andersoortige gesprekken plaatsvinden en het andere patiëntgroepen betreft.

“‘Aktive Sterbehilfe’ beleef ik als een handeling bij patiënten die een ernstige ziekte hebben en mogelijk wel veel pijn lijden of mensen die suïcidaal zijn.’
(Nr. 2)

Daarnaast wordt een andere intentie genoemd:

‘Bij “aktive Sterbehilfe” is het zo dat ik echt iets doe wat de dood dichterbij brengt. En bij de andere handeling gaat het om symptoomverlichting, wat je bij “aktive Sterbehilfe” natuurlijk ook wenst, duidelijk. Maar de intentie is vanzelfsprekend anders.’ (Nr. 1)

Een andere arts geeft aan dat het onderscheid tussen beide handelingen niet heel duidelijk is en er een zeker grijs gebied bestaat. Sommige artsen zien

ook overlap: beide handelingen kunnen tot de dood leiden, bij beide handelingen wordt medicatie ingezet, dezelfde voorwaarden gelden (onbehandelbaar lijden) en dezelfde doelen worden nagestreefd (lijdensvermindering). Een paar artsen zijn van mening dat er geen overlap bestaat:

‘Nee, ik zou dat heel helder afbakenen. Het zijn heel verschillende benaderingen.’ (Nr. 5)

Behoefte aan een regeling voor actieve levensbeëindiging?

Veel van de ondervraagde artsen hebben nooit in een situatie meegemaakt waarin zij ‘aktive Sterbehilfe’ toe hadden willen passen. Vier artsen geven aan wel eens door omstandigheden zo’n situatie te hebben meegemaakt:

‘(...) we hadden niet zoveel medicijnen beschikbaar en er was veel leed. Toen wenste ik het soms.’ (Nr. 4).

Twee artsen geven aan dat er een lacune bestaat aangaande de mogelijkheden van optimale zorg doordat er geen mogelijkheid tot ‘aktive Sterbehilfe’ bij kinderen bestaat:

‘Maar zoals ik al eerder zei, ik denk dat er een mogelijkheid voor moet komen, net als in andere landen waaronder Zwitserland en Nederland. En net als in Nederland moet dit voor kinderen apart geregeld worden. In mijn ogen mogen ouders dat niet alleen beslissen.’ (Nr. 3)

Andere artsen geven aan dat er mogelijk een lacune voor ouders bestaat:

‘Wij hadden een familie die het lijden van het kind niet meer verdragen kon. (...) De ouders wilden echter ‘aktive Sterbehilfe’ en konden niet volledig achter palliatieve sedatie staan. En daar ontstond voor de ouders de lacune. Voor ons, voor mij, bestond die niet, omdat we de ouders ook verteld hebben: we hebben zo veel medicatie bij de hand, wanneer zij werkelijk geen palliatieve sedatie willen, maar wel dat het kind minder lijden ervaart, dan geven we toch gewoon meer medicatie. (...) Ja, en dat zou dan natuurlijk ook op een ‘aktive Sterbehilfe’ neerkomen (...)’ (Nr. 1)

Verschillende artsen menen dat een regeling voor ‘aktive Sterbehilfe’ voor kinderen in Duitsland niet nodig of gewenst is, omdat er andere oplossingen zijn:

‘(...) wanneer de symptoomlast toeneemt en je zegt we geven nu meer om die symptomen te behandelen (...) en daarmee nemen we het risico op de koop toe dat hij 3 uur eerder sterft, dat gebeurt ja. Dat is niet illegaal. En daarmee vind ik, dat wat in zo’n situatie nodig is, is afgedekt. Dus ik weet niet waarom een regeling nog nodig zou zijn.’ (Nr. 13)

Een andere arts benadrukt dat kinderen veranderlijk zijn en een regeling voor ‘aktive Sterbehilfe’ daarom ongewenst is.

‘Vandaag is dit hun mening en morgen is het wat anders. Het is lastig te vertrouwen op de stemming van een kind. En dat maakt de context zo ingewikkeld. En wanneer er een regeling bestaat, die te laagdrempelig is, brengt dat, geloof ik, ook grote risico’s en gevaren met zich mee.’ (Nr. 6)

10.4 Discussie

Bijna alle geïnterviewde kinderartsen zijn van mening dat kinderen ondraaglijk kunnen lijden. Volgens artsen kan dit ondraaglijke lijden o.a. middels symptoombestrijding of palliatieve sedatie worden verlicht. Verder vinden bijna alle geïnterviewde kinderartsen dat er een duidelijk onderscheid bestaat tussen palliatieve sedatie en ‘aktive Sterbehilfe’. Toch zijn er ook artsen die aangeven dat het onderscheid niet altijd even helder is, en er een zeker grijs gebied bestaat. Bijna alle ondervraagde artsen zijn van mening dat palliatieve sedatie in bepaalde situaties levensbekortend kan zijn. Op één arts na geven zij aan dat palliatieve sedatie niet met het doel wordt ingezet om het leven te bekorten.

Uit de antwoorden op de vraag of de arts wel eens in een situatie heeft verkeerd waarin hij tot actieve levensbeëindiging wilde overgaan, komt het beeld naar voren dat er hiertoe bij een aantal Duitse artsen in bepaalde situaties enige morele nood lijkt te hebben bestaan. Toch geven alle artsen aan dat er van een behoefte aan een regeling geen sprake is. Ter vergelijking: uit recent Nederlands onderzoek blijkt dat 5% van de ondervraagde artsen vindt dat er geen wettelijke regeling voor actieve levensbeëindiging bij kinderen moet komen.¹ Dit onderzoek laat geen verschil zien in interpretatie van handelingen tussen Duitse en Nederlandse kinderartsen. Wel valt op dat Duitse kinderartsen verschillende opvattingen hebben over wat ‘passive Sterbehilfe’

inhoudt, en dat het onderscheid tussen ‘*aktive en passive Sterbehilfe*’ niet altijd even helder is voor hen. Andere studies bevestigen deze observatie.^{8,9}

Nederlands onderzoek toont aan dat volgens artsen ondraaglijk lijden bij kinderen niet altijd goed verlicht kan worden. De geïnterviewde kinderartsen uit Duitsland lijken over het algemeen tevreden met de zorg die zij aan ongeneeslijk zieke kinderen kunnen bieden. Een van de methoden hiertoe is de inzet van palliatieve teams. Zo’n palliatief team bestaat uit verschillende disciplines, waaronder artsen, verpleegkundigen, pedagogen, psychologen en creatief therapeuten. Deze teams kunnen zowel ambulante als in het ziekenhuis ingezet worden. Naast de meer reguliere medische zorg, zoals verpleging en medicatie, worden ook therapieën als kunsttherapie, muziektherapie en therapie met dieren geboden. In 2010 werd voor het eerst een kinderpalliatief centrum in Datteln (Duitsland) opgericht.¹⁰ Een relatief in de kinderschoenen staande, soortgelijke ontwikkeling is te zien binnen de Nederlandse UMC’s waar kindercomfort teams zijn ingesteld met een vergelijkbare multidisciplinaire aanpak.¹¹

Bij de interpretatie van de resultaten van dit interviewonderzoek dient de kanttekening geplaatst te worden dat de interviews alleen zijn afgenomen bij Duitse kinderartsen en niet bij ouders van ongeneeslijk zieke kinderen. Een sterke kant van het onderzoek is dat de face-to-face interviews in het Duits zijn afgenomen, wat maakte dat de artsen vrij hebben kunnen spreken.

10.5 Conclusie

Uit dit onderzoek blijkt dat er veel overeenkomsten zijn tussen de levenseindezorg voor kinderen in Duitsland en Nederland. Duitse en Nederlandse kinderartsen lijken medische handelingen rond het levenseinde op vrijwel dezelfde manier te interpreteren en te markeren. In tegenstelling tot Nederlandse kinderartsen lijken Duitse kinderartsen echter geen behoefte te hebben aan de mogelijkheid van actieve levensbeëindiging bij kinderen. Het is goed denkbaar dat dit te maken heeft met het feit dat in de Nederlandse volwassenzorg al een mogelijkheid voor actief levensbeëindigend handelen bestaat, en de stap naar een regeling ter zake en toepassing ervan bij kinderen daardoor kleiner is. Het onderzoek maakt aldus ook duidelijk dat internationale uitwisseling van ervaringen met betrekking tot het denken over en inrichten van de

meest aangewezen vormen van palliatieve zorg bij kinderen kan helpen om verschillen in benadering beter te ‘verstaan’ en te doorgronden.

Literatuur

1. Brouwer M, van der Heide A, Hein I, Maeckelberghe E, Verhagen E, van de Wetering V. Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen (1-12). 2019.
2. Strafgesetzbuch (StGB) Artikel 216.
3. Roxin C, Schroth U. Handbuch des Medizinstrafrechts. Richard Boorberg Verlag, 2010, pp.95.
4. Alt-Epping A, Sitte T, Nauck F, Radbruch L. Sedierung in der Palliativmedizin – Leitlinie für den Einsatz sedierender Massnahmen in der Palliativ-Versorgung. Palliativmed 2010;11:112-122.
5. Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK): Standpunt NVK Levensbeëindiging kinderen 1-12 jaar: een pleidooi voor onderzoek, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2016/04/22/standpunt-nvk-levensbeëindiging-kinderen-1-12-jaar-een-pleidooi-voor-onderzoek> (geraadpleegd op 18 december 2019).
6. Müller-Busch C, Klaschik E, Woskanjan S. Eine Alternative zur aktiven Euthanasie. Eine Umfrage der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zu verschiedenen Formen der Sterbehilfe. Dtsch Ärztebl 2004;101:A 1077-1078.
7. Langer S, Stengel I, Fleischer S, Stuttmann R, Berg A. Umgang mit Patienten-verfügungen in Deutschland. Dtsch med Wochenschr 2016;141:e73-79.
8. Van Oorschot B, Lipp V, Tietze A, Nickel N, Simon A. Einstellungen zur Sterbehilfe und zu Patientenverfügungen. Dtsch med Wochenschr 2005;130:261-265.
9. Wandrowski J, Schuster T, Strube W, Steger F. Medizinethische Kenntnisse und moralische Positionen von Ärztinnen und Ärzten aus Bayern. Dtsch Ärztebl 2012;109:141-147.
10. Freundeskreis Kinderpalliativzentrum Datteln e.V.: Was ist das Kinderpalliativzentrum Datteln?, <https://kinderpalliativzentrum.de/> (geraadpleegd op 21 januari 2020).
11. Stichting Kenniscentrum Kinderpalliatieve Zorg: Welkom bij Kenniscentrum Kinderpalliatieve zorg, www.kinderpalliatief.nl (geraadpleegd op 21 januari 2020).

De nieuwe Regeling levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen³⁶⁶

11.1 Inleiding

Bij de wettelijke regeling van euthanasie denkt men allereerst aan de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl). Dat is terecht. Deze wet dekt veruit de meeste gevallen van euthanasie. Toch is dat niet het hele verhaal over euthanasie. De Wtl heeft alleen betrekking op levensbeëindiging *op verzoek*. Daarmee valt levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen niet onder de Wtl. Voor de regeling daarvan moest daarom na de inwerkingtreding van de Wtl in 2002 verder nagedacht worden over de inrichting van een passende modaliteit. Er kwam een regeling die, na een evaluatie met forse kritiek, in februari 2016 is herzien. De vraag rijst of er met de nieuwe regeling een adequate voorziening voor de problematiek is gecreëerd. In het onderstaande wordt het antwoord op die vraag verkend. Voor een goed beeld wordt eerst de voorgeschiedenis van de nieuwe regeling geschetst.³⁶⁷ Enkele tekortkomingen bestaan al langer.

³⁶⁶ Dit hoofdstuk is inhoudelijk afgesloten op 1 juli 2017. De literatuur en jurisprudentie zijn verwerkt tot die datum.

³⁶⁷ Zie over de achtergronden tot 2008 ook: L.M.H. Bongers, *Een beschermwaardig leven*, Tilburg: Celsus, 2008, met verdere bronvermelding.

11.2 Voorgeschiedenis levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen; verschil met de Wtl

In het geval dat een arts het leven van een ernstig gehandicapte pasgeborene actief beëindigt, is er geen sprake van het op 'uitdrukkelijk en ernstig verlangen' beëindigen van het leven van degene die dood wil in de zin van artikel 293 Sr. Daarom is er naar de regels van het Wetboek van Strafrecht sprake van moord (art. 289 Sr) dan wel doodslag (art. 287 Sr). De gedraging van de arts valt onder de delictsomschrijving van deze misdrijven. Maar er is geen sprake van strafbaarheid als er een gegronde beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigende strafuitsluitingsgrond. Dat betreft voor de arts in het 'normale' geval van euthanasie op verzoek van de patiënt de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr jo. de Wtl. Voor de straffeloosheid van de arts bij de beëindiging van het leven van pasgeborenen moet worden teruggeval- len op de algemene strafuitsluitingsgrond van overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr). De basis daarvan is de aanname dat de arts zich in een conflict van plichten bevindt: de plicht om het leven van de pasgeborene te behouden versus zijn plicht als arts om de baby van (verder) lijden te verlossen. Onder omstandigheden mag de arts er dan voor kiezen het leven van de pasgeborene te beëindigen. Die keuze is onder omstandigheden gerechtvaardigd; de handeling valt op zichzelf onder een strafbepaling maar is (toch) niet strafbaar. In geval van strafvervolgning zal de arts dan worden ontslagen van alle rechtsvervolgning. Dat moet dan wel steeds per geval achteraf worden vastgesteld.

Voor de inwerkingtreding van de Wtl in 2002 was de algemene strafuitsluitingsgrond van noodtoestand ook de grondslag voor straffeloosheid bij levensbeëindiging op verzoek bij volwassenen (art. 293 Sr). Het ietwat oneigenlijk gebruik van artikel 40 Sr als een basis voor een algemene modaliteit voor straffeloosheid bij euthanasie op verzoek van de patiënt was een van de argumenten voor totstandkoming van de Wtl als wettelijke regeling. Artikel 40 Sr is immers vooral bedoeld voor uitzonderlijke, incidentele noodgevallen en niet voor het creëren van een juridische basis voor een wenselijke praktijk via min of meer algemene, in de jurisprudentie ontwikkelde regels. Als zich zo'n set van regels ontwikkelt, is op enig moment de wetgever aan zet. Daarom zijn de eisen die de wet stelt, geregeld als een bijzondere strafuitsluitingsgrond die specifiek is toegesneden op gevallen van euthanasie op verzoek (art. 293 Sr) door de arts.

De wetgever kon bij de weg van de Wtl voor de daaronder vallende gevallen van euthanasie het verzoek als basis kiezen voor de rechtvaardiging van het handelen van de arts, al moet dat handelen nog aan eigen, tot de arts gerichte zorgvuldigheidscriteria voldoen. In geval van levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen is er juist geen sprake van een verzoek, als begin van legitimatie van het levensbeëindigend handelen. Levensbeëindiging *niet op verzoek* is uitdrukkelijk buiten de Wtl gehouden. Voor levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen is de algemene strafuitsluitingsgrond van overmacht in de zin van noodtoestand daarmee nog steeds de (enige) basis voor straffeloosheid bij deze specifieke gedraging van een arts.

Ook in (de status van) de regelgeving gingen beide situaties uit elkaar. De eerste regeling betreffende de meldingsprocedure voor actieve levensbeëindiging uit 1993³⁶⁸ (ruim vóór de Wtl) had niet alleen betrekking op levensbeëindiging op verzoek, maar ook op levensbeëindiging zonder verzoek. Maar bij de herziening van de meldingsprocedure per 1 november 1998 werd voor levensbeëindiging op verzoek een aparte regeling gemaakt.³⁶⁹ De voorname reden voor de scheiding was het onbedoeld legitimerende effect dat de regeling van euthanasie *op verzoek* had voor levensbeëindiging *zonder verzoek*. De opvatting dat er voor levensbeëindiging *zonder verzoek* in extra waarborgen moest worden voorzien, won terrein.³⁷⁰ Terwijl voor levensbeëindiging *op verzoek* de formeel-wettelijke voorziening van de Wtl uit 2002 het levenslicht zag, bleef een regeling voor levensbeëindiging *zonder verzoek* vooralsnog uit. Deze modaliteit, waarvan men vond dat er extra waarborgen voor moesten worden geschapen, moest het na 2002 blijven doen met de genoemde AMvB uit 1993, die inhoudelijk niet meer dan enige aparte procedureregels bevatte voor de (strafrechtelijke) beoordeling van gevallen van opzettelijke levensbeëindiging bij pasgeborenen. De regeling voorzag niet in inhoudelijke criteria voor gerechtvaardigde levensbeëindiging bij pasgeborenen.³⁷¹

³⁶⁸ Meldingsprocedure euthanasie, Besluit 2 december 1993, Stb 643, ex Besluit van 29 april 1994, Stb. 1994, 321 in werking per 1 juni 1994.

³⁶⁹ Besluit van 19 november 1997, Stb. 1997, 550 en Besluit van 11 mei 1998, Stb. 1998, 280.

³⁷⁰ Kamerstukken II, 1996/97, 23877, 13, p. 4, 5.

³⁷¹ Kort gezegd verplichtte deze regeling de behandelend arts om, in geval van actieve levensbeëindiging *zonder verzoek*, geen verklaring van overlijden af te geven maar de gemeentelijk lijkschouwer te waarschuwen. Deze moest vervolgens de officier van justitie informeren, die op basis van de ingekomen stukken toetste of er sprake was van een noodtoestand. De toenmalige vergadering van Procureurs-Generaal bij de gerechtshoven besliste of strafvervolgning diende te worden ingesteld. Die beslissing behoeft volgens de regeling

11.3 Inhoudelijke criteria: noodtoestand in de rechtspraak erkend

Inhoudelijke criteria voor levensbeëindiging van pasgeborenen hadden zich inmiddels vooral in de rechtspraak ontwikkeld. Hoe zag die jurisprudentie eruit?

De strafuitsluitingsgrond van overmacht in de zin van noodtoestand werd voor levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen in de rechtspraak voor het eerst geaccepteerd in het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw, kort na de inwerkingtreding van de eerste regeling. Toen werden twee belangrijke arresten gewezen, te weten door het Hof Amsterdam in de zaak Prins en door het Hof in Leeuwarden in de zaak Kadijk.³⁷² Daarin werd bevestigd dat levensbeëindigend handelen, *volgend op* een uit medisch oogpunt gerechtvaardigde beslissing om een behandeling van een pasgeborene niet in te stellen of te staken, legitiem kon zijn en dus ook rechtens geaccepteerd. Het ging hier om een situatie waarin de levensbeëindiging werd voorafgegaan door een beslissing om af te zien van verdere medische behandeling, omdat die verdere behandeling niet zou leiden tot het op medisch zinvolle wijze verlichten van het lijden. Als gevolg van die beslissing tot ‘abstineren’ zal de baby nog maar korte tijd te leven hebben en is de dood onafwendbaar en op redelijk korte termijn in zicht, dan wel is het in leven houden alleen mogelijk met maximale inzet van medische mogelijkheden, terwijl de levensverwachting desondanks zeer somber is. In deze uitspraken ontwikkelden zich criteria die antwoord gaven op de vraag wanneer er sprake is van zorgvuldig handelen dat kan leiden tot het aannemen van noodtoestand als rechtvaardigingsgrond. Hierbij was met name van belang dat het leven van de baby werd beheerst door een ernstig en acuut lijden zonder uitzicht op verbetering, terwijl een alternatieve medische behandeling in de vorm van pijnbestrijding medisch niet zinvol was. Een beroep op overmacht werd geaccepteerd als en omdat er bij een dergelijke beslissing, en bij de uitvoering ervan, was gehandeld naar wetenschappelijk verantwoorde medische inzichten en in overeenstemming met de in de medische ethiek geldende normen en met inachtneming van de daaruit voortvloeiende eisen van zorgvuldigheid.

de instemming van de minister van Justitie.

³⁷² Gerechtshof Amsterdam, 7 november 1995, NJ 1996/113 (*Prins*), en Gerechtshof Leeuwarden, 4 april 1996, TvGR 1996/35 (*Kadijk*).

Net zoals bij levensbeëindiging op *verzoek* vóór de inwerkingtreding van de Wtl, ontwikkelden zich aldus toch ook enige algemene criteria in de rechtspraak voor levensbeëindiging bij pasgeborenen; de inhoud werd middels rechtspraak enigszins ‘geregeld’. Al betrof het dan niet jurisprudentie van de Hoge Raad. Maar net als bij euthanasie op verzoek in de Wtl gebeurde, stonden ook deze inhoudelijke zorgvuldigheidscriteria in iets dat op een algemene regeling lijkt. Daarmee wordt aangekomen bij het zogenaamd Gronings Protocol uit 2005.

11.4 Het Gronings protocol

In 2005 verscheen het Gronings protocol³⁷³, opgesteld door het UMCG, dat door de Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) werd aanvaard als landelijke richtlijn. Het Gronings protocol geeft handen en voeten aan de eis dat een arts op zorgvuldige wijze om dient te gaan met levensbeëindiging van ernstig lijdende pasgeborenen. Tegelijk betrof dit protocol, naast de eerder in de rechtspraak geregelde situatie van levensbeëindigend handelen *na* een gerechtvaardigde beslissing om een behandeling niet in te stellen of te staken, ook de situatie van levensbeëindiging buiten het kader van dit levensverlengend handelen. Het Gronings protocol poogde daarmee een regeling te treffen voor pasgeborenen die ook zonder intensieve behandeling in leven zullen blijven, maar die een leven van ernstig en uitzichtloos lijden tegemoet gaan. Hierbij werd gedacht aan pasgeborenen met zodanig uitgebreide afwijkingen dat hierdoor enige mate van zelfstandig leven onmogelijk is en het ernstige en aanhoudende lijden op geen enkele manier kan worden opgeheven. Dat het protocol deze categorie omvatte gaf nogal wat commotie, ook in het buitenland.³⁷⁴ Bij de opstelling van dit protocol was het Openbaar Ministerie in informerende zin betrokken. Het OM benadrukte dat er aan het protocol geen verwachtingen konden worden ontleend omtrent de afdoening van zaken door het Openbaar Ministerie in concrete gevallen.³⁷⁵

³⁷³ Ook bekend als Groningen of Groninger protocol en te raadplegen via: <https://www.nvk.nl/Kwaliteit/Richtlijnenoverzicht/Details/tabid/1558/articleType/Article-View/articleId/947/Levensbeëindiging-bij-pasgeborenen-actieve.aspx>

³⁷⁴ L.M.H. Bongers, *Een beschermwaardig leven*, Tilburg: Celsus, 2008, p.71-75 met verdere bronvermelding.

³⁷⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30300 XVI, 90, p. 2.

11.5 Legitimering door wetgever

Aan de wens uit de medische wereld om te komen tot (meer) duidelijkheid aangaande het omgaan met levensbeëindiging bij ernstig lijdende pasgeborenen, onder andere kenbaar gemaakt via dit protocol, werd gehoor gegeven door politiek en wetgever. Nadat en omdat levensbeëindiging *zonder verzoek* bewust buiten de in 2002 in werking getreden Wtl gehouden was, besloot de regering eind 2005 een centrale deskundigencommissie in te stellen voor beoordeling van gevallen van levensbeëindiging *zonder verzoek* en voor advies daarover aan het OM.³⁷⁶ Op 15 maart 2007 trad daartoe de Ministeriële Regeling ‘Centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie 2-geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen’ in werking.³⁷⁷ Net als in de Wtl werd de arts ook in deze regeling verplicht om een uitgevoerde levensbeëindiging *zonder verzoek* als een niet-natuurlijke dood te melden bij de gemeentelijk lijkschouwer, als begin van het toetsen of zijn levensbeëindigend handelen gerechtvaardigd kon worden geacht. De gemeentelijk lijkschouwer moest de melding en het bijbehorende verslag van de arts rechtstreeks zenden naar de Centrale deskundigencommissie te zenden, en niet meer, zoals voorheen naar de Officier van Justitie. Aan de hand van de inhoudelijke zorgvuldigheidseisen die in de toelichting van de Regeling waren geformuleerd, had de Centrale deskundigencommissie te oordelen of de arts bij de beëindiging van het leven van de pasgeborene zorgvuldig gehandeld had. Inhoudelijk moest er sprake zijn van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de pasgeborene, alsmede van instemming met de levensbeëindiging door de ouders, die adequaat geïnformeerd moesten zijn over de diagnose en de daarop gebaseerde prognose en de afwezigheid van enige andere redelijke oplossing. De arts moest ten minste één andere onafhankelijke arts hebben geraadpleegd en de levensbeëindiging moest medisch zorgvuldig zijn uitgevoerd. De Centrale deskundigencommissie moest haar oordeel vervolgen in alle gevallen, dus niet alleen bij het oordeel ‘onzorgvuldig’, maar ook – en anders dan onder de Wtl – bij het oordeel ‘zorgvuldig’, als advies ter kennis brengen van het OM dat dit oordeel meenam in de beslissing om al of niet over te gaan tot strafvervolgning. Deze beslissing werd genomen op basis van de parallel aan de Regeling verschenen ‘Aanwijzing voor het Openbaar Mi-

³⁷⁶ *Kamerstukken II 2004/05, 20200 XVI, 90.*

³⁷⁷ Regeling Centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie-2 geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen van 27 februari 2007, *Stcrt.* 2007, 51. Bespreking van regeling voor late zwangerschapsafbreking blijft hier verder buiten beschouwing.

nisterie aangaande de omgang met gevallen van levensbeëindiging niet op verzoek'.³⁷⁸ In feite ging het daarbij om een vanwege het Openbaar Ministerie gepubliceerde toezegging dat er niet vervolgd zou worden, mits de levensbeëindiging door de arts was gemeld en de toetsingscommissie had bevonden dat er was voldaan aan de zorgvuldigheidseisen.

Inhoudelijk betrof de Regeling ook blijkens zijn toelichting daarmee grotendeels een codificatie van rechtspraak en het Gronings protocol; voor wat betreft de procedure ging het om een wijziging van de regeling uit 1994. Met de bedoelde regeling kreeg de lang gewenste onafhankelijke deskundigencommissie zijn plek in het bestel van levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen. De regeling kwam tegemoet aan de roep vanuit de medische beroepsgroep om duidelijkheid te verschaffen in de wijze waarop levensbeëindiging bij pasgeborenen strafrechtelijk wordt beoordeeld op basis van een advies van de deskundigencommissie.³⁷⁹ Vanuit strafrechtelijk perspectief codificeerde de wetgever de eisen in een algemene regeling, zodat er niet langer behoefde te worden geleund op – vrijwel als 'algemene regeling' ingevulde – jurisprudentie van de strafrechter inzake noodtoestand in deze categorie van zaken.

11.6 Evaluatie 2013

Met de Regeling uit 2007 leek een en ander adequaat geregeld, maar de schijn bedriegt. In 2013 vond een evaluatie van de regeling plaats. Deze was tamelijk vernietigend.³⁸⁰ In de evaluatie werden drastische aanpassingen van de regeling aanbevolen. *'De Regeling ten aanzien van levensbeëindiging bij pasgeborenen functioneert niet of nauwelijks'*, zo luidde het harde eindoordeel. De opstellers van de evaluatie kwamen tot een viertal concrete aanbevelingen ten aanzien van levensbeëindiging bij pasgeborenen. Voor de beide categorieën gezamenlijk (levensbeëindiging bij pasgeborenen en late zwangerschapsafbreking) bevat de evaluatie daarnaast nog acht andere aanbevelingen. Als verregaande wijziging uit zou blijven, dan zou volgens de opstellers van de evaluatie de

³⁷⁸ Aanwijzing vervolgingsbeslissing levensbeëindiging niet op verzoek en late zwangerschapsafbreking, *Stcrt.* 2007, 46.

³⁷⁹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30300 XVI, 90, p. 8.

³⁸⁰ S. van de Vathorst, c.s.: *Evaluatie Regeling centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie-2 geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen*, Reeks evaluatie regelgeving 36, Den Haag: ZonMW 2013, hierna: *Evaluatierapport Regeling*.

Regeling voor het deel betreffende levensbeëindiging bij pasgeborenen dienen te worden ingetrokken. Om te kunnen bezien of er bij de herziening van de Regeling in 2016 in voldoende mate is tegemoet gekomen aan de geconstateerde gebreken, is het relevant kort in te gaan op de gronden voor dit harde oordeel.

11.6.1 Globalere formulering zorgvuldigheidseisen

Om de werking van de regeling te verbeteren, is een eerste aanbeveling uit de evaluatie dat de zorgvuldigheidseisen op sommige punten globaler geformuleerd zouden moeten worden. Op deze wijze zouden opvattingen van de beroepsgroep beter door kunnen werken in de zorgvuldigheidseisen. Dit zou volgens de evaluatie met name moeten gelden voor de eis dat er sprake moet zijn van actueel uitzichtloos en ondraaglijk lijden. Volgens artsen bleek deze zorgvuldigheidseis niet goed toepasbaar op pasgeborenen met zeer ernstige afwijkingen.³⁸¹ Zij vroegen zich af of dit een noodzakelijke eis zou moeten blijven voor aanvaardbare levensbeëindiging. Artsen benoemden als voorname knelpunt dat volgens de Regeling een lijdensvolle of perspectiefloze toekomst geen reden mag zijn om over te gaan tot levensbeëindiging, indien de pasgeborene op het moment van besluitvorming niet ook ondraaglijk en uitzichtloos lijdt. Zij meenden dat het *voorkomen* van lijden echter ook tot hun professionele taak behoorde, en daarom zou ook de toekomstverwachting onder omstandigheden een zelfstandige grond moeten kunnen zijn om het leven te beëindigen.

11.6.2 Interpretatietaak deskundigencommissie

Daarnaast wordt in de evaluatie aanbevolen in de Regeling te verwoorden dat de Centrale deskundigencommissie een taak heeft op het gebied van de interpretatie en verfijning van normen, rekening houdend met de ontwikkelingen en opvattingen in de praktijk. Op deze wijze zou er ruimte kunnen worden gecreëerd om binnen een globaler geformuleerd normenkader 'jurisprudentie' te ontwikkelen en daarin op onderdelen nadere invulling te geven aan de zorgvuldigheidseisen. Zo'n model is volgens de evaluatie noodzakelijk. Uit de evaluatie komt namelijk naar voren dat er verschil van inzicht

³⁸¹ Gecombineerd jaarverslag van de Commissie Late Zwangerschapsafbreking en Levensbeëindiging bij Pasgeborenen, 2009/2010, p. 18. Dit betreft met name kinderen waarbij als gevolg van ernstige asfyxie uitgebreide hersenweefschade is opgetreden. Het verslag is te raadplegen via: <https://www.lzalp.nl/documenten/publicaties/webseitpublicaties/jaarverslagen/2009-2010/jaarverslag-2009-2010>.

bestaat over de interpretatie van de zorgvuldigheidseisen. Artsen bleken de zorgvuldigheidseisen onduidelijk te vinden. Dit leidde volgens de onderzoekers tot terughoudendheid om daadwerkelijk over te gaan tot levensbeëindiging bij een ernstig gehandicapte pasgeborene. Artsen bleken er (toch) maar weinig vertrouwen in te hebben dat de uiteindelijk tot stand gekomen en lang verzochte Regeling voldoende rechtszekerheid zou bieden.

11.6.3 Onduidelijkheid begrip ‘levensbeëindiging’

Een bijzonder punt van belang was de onduidelijkheid over het begrip ‘levensbeëindiging’. Voor artsen bleek onhelder wat de scheidslijn is met symptoombestrijding met de dood als gevolg. Ook werd het verkorten van de stervensfase en het staken van levensverlengende behandeling divers geëtiķetteerd en niet altijd als ‘levensbeëindiging’ in de zin van de Regeling herkend of gemeld. Het was, met andere woorden, onvoldoende duidelijk wanneer de Regeling nu precies van toepassing was (en er dus gemeld moest worden), en wanneer niet. De evaluatie bevat ter zake de aanbeveling om niet alleen meer duidelijkheid te bieden ten aanzien van wat in juridische zin als levensbeëindiging geldt, maar ook in de Regeling op te nemen dat onder levensbeëindiging ook valt het toedienen van middelen waarbij de aanmerkelijke kans bestaat dat het leven wordt bekort. Hierop zou een uitzondering kunnen worden geformuleerd voor de situatie waarin sprake is van medisch geïndiceerd en proportioneel gebruik van die middelen.³⁸²

11.6.4 Onduidelijkheid begrip ‘pasgeborene’

Een laatste aanbeveling betrof de wens om duidelijker vast te leggen wat onder het begrip ‘pasgeborene’ wordt verstaan. Volgens de evaluatie werd het begrip ‘pasgeborene’ ten onrechte niet nader in de Regeling gedefinieerd. En dat terwijl ook deze definiëring de toepasselijkheid en reikwijdte van de bijzondere toetsingsprocedure bepaalt en daarom van vitaal belang is om de Regeling adequaat toe te passen op de gevallen waarvoor zij bedoeld was. De Centrale deskundigencommissie meent dat daarmee de neonatale periode (vanaf de geboorte tot ongeveer vier weken daarna) bedoeld kan zijn.³⁸³ De deskundigencommissie blijkt van de ruimere definitie uit te gaan, te weten ‘ieder kind dat zich in het eerste levensjaar bevindt’. Noch uit de Regeling, noch uit de toelichting blijkt welke interpretatie juist is. Het verschil is niet alleen vanwege de reikwijdte van belang, maar ook in inhoudelijk opzicht,

³⁸² Evaluatierapport Regeling, p. 110

³⁸³ Evaluatierapport Regeling, p. 31.

omdat de groep van nul- tot éénjarigen medisch gezien zeer divers is en omdat zich daar problemen kunnen voordoen die zich ook bij oudere kinderen kunnen voordoen.³⁸⁴

11.6.5 Nog een opmerkelijke constatering

Maar de onderzoekers constateerden ook een geheel ander ‘gebrek’: er bleken in de onderzoeksperiode (2007-2012) ‘praktisch geen gevallen’ (om precies te zijn: één geval) te zijn gemeld.³⁸⁵ En dit terwijl uit de evaluatie kan worden afgeleid dat er in de onderzoeksperiode bepaald meer gevallen van levensbeëindiging bij pasgeborenen hebben plaatsgevonden.³⁸⁶ Dat bracht de onderzoekers tot de onvermijdelijke constatering dat er geen transparantie was bereikt met de Regeling en dat de nodige gevallen van levensbeëindiging kennelijk niet waren gemeld. Zonder melding geen transparantie en zonder melding ook geen controle. Bij instelling van de Regeling was een veel groter aantal meldingen voorzien. De Centrale deskundigencommissie kon door het gebrek aan meldingen niet goed invulling geven aan haar taak. Voor het uitblijven van de meldingen werd een aantal oorzaken benoemd, bijvoorbeeld het groeiend aantal abortussen als gevolg van de invoering van de 20-weeken-echo, waardoor levensbeëindiging bij pasgeborenen minder vaak nodig blijkt. Maar een verklaring voor het nalaten van melden was volgens de evaluatiecommissie ook de bestaande onduidelijkheid over het begrip ‘levensbeëindiging’, waardoor veel gevallen niet als meldenswaardig werden herkend. Ook werden vraagtekens geplaatst bij de rol van de in de ogen van artsen sterk juridische profilering van de deskundigencommissie, met name die van de voorzitter.³⁸⁷

Deze factoren tezamen genomen verklaren inderdaad het harde oordeel van de evaluatiecommissie. Door het uitblijven van meldingen werkte het handhavingsmechanisme niet dat voor levensbeëindiging bij pasgeborenen was ontwikkeld. Transparantie en controle vonden niet plaats. Het bijkomende doel van het instellen van de deskundigencommissie, te weten het bevorderen en bewaken van de zorgvuldigheid van artsen omtrent levensbeëindiging, werd evenmin bereikt. En over de zorgvuldigheidscriteria en hun

³⁸⁴ *Evaluatierapport Regeling*, p. 110.

³⁸⁵ In dit ene geval werd het handelen van de arts overigens als zorgvuldig beoordeeld. Het Openbaar Ministerie stelde geen strafvervolgung in.

³⁸⁶ *Evaluatierapport Regeling*, p. 103.

³⁸⁷ *Evaluatierapport Regeling*, p. 102.

inhoud, alsmede over de precieze reikwijdte van de Regeling, is onduidelijkheid en discussie blijven bestaan. De Regeling werkte inderdaad niet; herziening bleek aangewezen.

11.7 De nieuwe regeling van februari 2016

Ter uitvoering van deze aanbevelingen trad op 1 februari 2016 de nieuwe Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen in werking.³⁸⁸ Een aantal belangrijke aanbevelingen uit de evaluatie werd in deze nieuwe Regeling verwerkt. De belangrijkste wijzigingen zijn de volgende.³⁸⁹

De voorheen bestaande Centrale deskundigencommissie is vervangen door een nieuwe beoordelingscommissie, de ‘Beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen’. De samenstelling van de beoordelingscommissie is uitgebreid met één arts en bestaat nu uit zes leden, waarvan één rechtsgeleerde, één deskundige inzake ethische of zingevingsvraagstukken en vier artsen. Een van hen wordt door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in overeenstemming met de minister van Veiligheid en Justitie benoemd tot voorzitter.

Ten aanzien van de vier hiervoor besproken concrete aanbevelingen met betrekking tot levensbeëindiging bij pasgeborenen is er het volgende gewijzigd. De zorgvuldigheidseisen zijn op onderdelen nader geformuleerd en wel in de Regeling zelf en dus niet langer alleen in de toelichting. Situaties van *actueel* uitzichtloos en ondraaglijk lijden blijven uitgangspunt, maar de Regeling maakt levensbeëindiging ook mogelijk voor situaties waarin niet voortdurend, maar wel met regelmaat sprake is van uitzichtloos en ondraaglijk lijden. Daarnaast blijkt uit de toelichting dat ook gevallen waarin ten tijde van de levensbeëindiging geen uitzichtloos en ondraaglijk lijden bestaat, maar dit wel met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te verwachten valt, kunnen worden beschouwd als een grondslag voor legitieme, zorg-

³⁸⁸ Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen van 26 januari 2016, met toelichting gepubliceerd in *Stcrt.* 2016, 3145.

³⁸⁹ Zie voor een uitgebreidere analyse hierover J.H.H.M. Dorscheidt, ‘Een nieuwe Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen. Goede inval of bedenkelijke manoeuvre?’, *TvGR* 2016, 40 (6).

vuldige levensbeëindiging. Er is voorts getracht de medische en juridische terminologie te verhelderen, waarbij onder andere het woord ‘pasgeborene’ nader is gedefinieerd, te weten: *een kind dat de leeftijd van één jaar nog niet heeft bereikt*.³⁹⁰

11.8 De nieuwe regeling is niet afdoende

Het valt te betwijfelen of bovengenoemde aanpassingen voldoende tegemoet komen aan de kritiek op de oude Regeling. Zeker weten we dat pas in 2020, want eerst dan zal een evaluatie van de nieuwe Regeling plaatsvinden.³⁹¹ Maar ook nu reeds zijn er vragen te stellen en knelpunten te signaleren, waarbij de weinig inhoudelijke toelichting maar weinig verder helpt.

Allereerst is thans weliswaar nader uitgewerkt wat moet worden verstaan onder ‘pasgeborene’, maar die omschrijving neemt niet elke vraag weg c.q. leidt tot nadere vragen. Houdt de omschrijving in dat de levensbeëindiging binnen dat jaar moet plaatsvinden of dat alleen de beslissing daartoe binnen dat jaar moet worden genomen? Onder de oude Regeling ging de KNMG ervan uit dat de problematiek van actueel en ondraaglijk lijden ontstaan moet zijn in de neonatale periode, dat is de periode van vier weken na de geboorte.³⁹² Of dat nog altijd geldt nu de harde eis van actueel en ondraaglijk lijden is losgelaten, is onduidelijk. Wanneer is een 3,5 maanden te vroeg geboren kind ‘een jaar’? Omdat er voor minderjarigen van 1 tot 12 jaar geen wettelijke regeling voor euthanasie bestaat, kan de éénjaarsgrens rondom het einde van het eerste levensjaar een druk leggen op de arts: het is nu of nooit. ‘Even aankijken’ hoe de klachten zich verder manifesteren, is er niet bij als het eerste levensjaar zijn voltooiing nadert. Zou een mogelijkheid van ‘even aanzien’ niet van betekenis kunnen zijn? Zou daar niet een andere modaliteit voor gevonden kunnen worden, bijvoorbeeld in de vorm van een voorlopige beslissing? Dan zou de beslissing tot levensbeëindiging wel in het eerste jaar kunnen worden genomen, maar de uitvoering ervan kan dan uit- en eventueel afgesteld worden. Bovendien: als de éénjaarsgrens wordt overschreden,

³⁹⁰ Artikel 1 onder e Regeling 2016.

³⁹¹ Artikel 8 Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen, *Stcrt.* 2016, 3145.

³⁹² ‘Medische beslissingen rond het levenseinde bij ernstig gehandicapte pasgeborenen met zeer ernstige afwijkingen’, KNMG 2013.

in welke uitleg dan ook, dan is (legitimering door) de wettelijke regeling niet van toepassing. Maar er kan ook dan sprake zijn van straffeloosheid door overmacht. Alleen is er dan geen meldingsplicht voor de arts en geen gereguleerd toetsingskader. Kan er in alle gevallen voorbij worden gegaan aan dat verschil in situatie en juridisch regiem? De toelichting geeft het antwoord niet. Hier spelen natuurlijk uiterst gevoelige afwegingen. Dat blijkt ook wel uit de volgende bedenking.

Zoals gezegd blijft het *actuele* lijden van de pasgeborene uitgangspunt voor de legitimiteit van de beslissing tot levensbeëindiging, maar ook voor te voorzien uitzichtloos lijden zijn er in art. 7 van de Regeling mogelijkheden gecreëerd. Hiermee wordt aangekomen bij het meest precaire deel van de hele Regeling. Het precies trekken van een verantwoorde grens is uiterst gecompliceerd en gevoelig; de afbakening en de argumentatie daarbij luisteren nauw. De toelichting komt niet veel verder dan de constatering dat denkbaar is dat de beslissing wordt genomen om toekomstig lijden te voorkomen, ook al is er op dat moment nog geen sprake van acuut lijden. De ultieme afweging valt hier niet maken, maar het is duidelijk dat vanwege het uiterst precaire van de afweging die hier op het spel staat, met de nieuwe Regeling niet onmiddellijk het laatste woord gesproken zal zijn. Dat precaire van de afweging leidt ook naar de vraag naar het niveau van regelgeving.

11.9 Toezichtmechanisme en controle

De nieuwe Regeling handhaaft de beoordeling door een toetsingscommissie binnen het strafrechtelijk model. In de literatuur zijn wel vraagtekens gezet bij dit model van ‘samenwerking’ van de commissie en het OM.³⁹³ De commissie zendt ook onder de nieuwe Regeling alle gevallen van levensbeëindiging bij pasgeborenen aan het OM, ook de ‘zorgvuldige’ gevallen. Dat het OM ook die gevallen toetst, leidt bij artsen tot een gevoel dat duidelijkheid en houvast voor hen ontbreekt. Dat bevordert niet dat er onder de nieuwe Regeling meer gevallen worden gemeld, al moet de plicht daartoe wel voorop blijven staan. De artsen zouden nader tegemoet kunnen worden gekomen als het toetsingsbeleid van de commissie op voorhand helder is of wordt gemaakt.³⁹⁴ Vervolgens vertaalt dit beleid zich op een of andere wijze ook in ge-

³⁹³ Zie bijvoorbeeld E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht*, Proefschrift Vrije Universiteit Amsterdam, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2006, p. 119.

publiceerd vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie. Daarin zou bijvoorbeeld tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat het OM een oordeel van zorgvuldigheid niet zonder meer naast zich neer kan en zal leggen, maar eerder tot uitgangspunt hanteert bij de beslissing over de strafvervolgning. Aansluitend zou kunnen worden aangegeven wanneer dan wellicht toch vervolging wordt ingesteld c.q. welke factoren het OM bij dat oordeel betreft.³⁹⁵ Tegelijkertijd: niet alleen bij levensbeëindiging bij pasgeborenen, maar meer in het algemeen staat wel ter discussie of het OM zijn plaats wel adequaat inneemt in en rond beslissingen van artsen tot levensbeëindiging. Is het toezichtmechanisme daarmee niet te zwak? Kan voor de adequate regeling van de extra kwetsbare situatie van levensbeëindiging bij pasgeborenen – en dus zonder verzoek – in zoverre met de bestaande situatie worden volstaan? Daarmee wordt aangekomen bij een, zojuist aangestipt, ander punt.

11.10 Regeling bij wet in formele zin?

Hoezeer het ook terecht is dat met het doen ontstaan van de verschillende, hierboven omschreven regelingen de wetgever zijn verantwoordelijkheid nam om een algemene regeling tot stand te brengen (dat is niet de taak van de rechter), dat neemt niet weg dat er een belangrijk verschil in formele status van de regeling voor pasgeborenen is ten opzichte van de Wtl. Euthanasie op verzoek en de juridische rechtvaardiging daarvan is geregeld in het Wetboek van Strafrecht jo. de Wtl. Beide zijn wetten in formele zin. De regeling van de categorie van levensbeëindiging van pasgeborenen moet het tot op de dag van vandaag doen met een ministeriële regeling. Want op dat punt veranderde de evaluatie 2013 en de herziene Regeling van 2016 niets. Wie de geschetste voorgeschiedenis overziet, moet concluderen dat er nooit een goede regeling in al zijn consequenties en nuances door de wetgever is uitgediscussieerd. Gaat het bij levensbeëindiging van pasgeborenen eigenlijk niet om een ernstige, zware en gevoelige problematiek die niet langer slechts bij ministeriële regeling kan worden geregeld? Met andere woorden: verdient de problematiek van levensbeëindiging zonder verzoek, die vanwege de kwetsbaarheid van het ontbreken van een verzoek wellicht met éxtra waarborgen

³⁹⁴ Vgl. de Code of Practices die de toetsingscommissies onder de Wtl in 2015 publiceerden.

³⁹⁵ Zie M.A.J.M. Buijsen, 'Impliciete keuzes en verholde waardeoordelen: het kabinetsvoorstel "Actieve levensbeëindiging bij ernstig lijdende pasgeborenen"', *NJB* 2006/1253, p. 832-839.

omkleed zou moeten zijn, niet een formeel-wettelijke basis? En dan inhoudelijk ook een verder uitgewerkte dan de beperkte nieuwe Regeling? Zeker nu die basis in een wet in formele zin voor de ‘gemakkelijkere’ variant van de situaties die onder de Wtl vallen, wel voorhanden is? Het zou de legaliteit en de rechtszekerheid rondom levensbeëindiging bij pasgeborenen ten goede kunnen komen. Dit punt kwam indertijd niet voor niets reeds in de Memorie van Toelichting bij de Wtl ter sprake.³⁹⁶ De Raad van State achtte het blijkens zijn advies op het oorspronkelijke initiatiefvoorstel gewenst dat levensbeëindiging zonder verzoek bij enkele bijzondere categorieën patiënten eveneens een wettelijke basis zou krijgen.³⁹⁷ En zulks bij voorkeur in dezelfde wet waarin de Regionale toetsingscommissies euthanasie zouden worden geregeld. In de Memorie van Toelichting werd het vervolg geven aan dit advies echter uitgesteld:

‘De opvatting van de Raad van State dat een centrale commissie voor de beoordeling van levensbeëindiging bij enkele bijzondere categorieën patiënten (waaronder pasgeborenen, VvdW), net als de regionale toetsingscommissies euthanasie, een deugdelijke en wellicht zelfs wettelijke fundering behoeft, is ons sympathiek. Wij geven er evenwel de voorkeur aan om de vraag thans niet te beantwoorden of, en zo ja: op welke plaats, aan een dergelijke commissie een formeel-wettelijke basis moet worden gegeven, maar eerst de parlementaire behandeling van het bovenbedoelde besluit af te wachten.’

De wetgever is er nimmer op teruggekomen. Dat is jammer, want zeker kleeft er inmiddels aan een adequate regeling bij de wet in formele zin ook nog een andere dimensie. Voor de legitimatie van gevallen van levensbeëindiging zonder verzoek is het EVRM, in het bijzonder het recht op leven, uiteraard van zo mogelijk nog meer belang dan in het geval van (wettelijke regeling van) euthanasie op verzoek. Leenen wees er reeds op dat om die reden wettelijke regeling van levensbeëindiging zonder verzoek als zodanig niet mogelijk is; men kan slechts de legitimatie van de uitzondering wettelijk regelen.³⁹⁸ Dat speelt in het bijzonder in de moeilijkste categorie van mogelijke levensbeëindiging zonder voorafgaande beslissing tot het afzien van (verdere) behandeling. Ook daarom valt te bepleiten dat zulks dan, vanwege het belang

³⁹⁶ *Kamerstukken II 1998/99*, 26691, 3, p. 4.

³⁹⁷ Advies Raad van State d.d. 10 februari 1999 bij Kamerstuk 26691 nr. 3. Zie *Kamerstukken II, 1998/99*, 26691, A, p. 1.

³⁹⁸ H.J.J. Leenen, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: BJu, 2014, p. 420.

van de zaak, op het hoogste niveau van parlementaire wetgeving zou moeten geschieden, ook al is het *law*-begrip onder het EVRM ruimer.

Afgezien van de aard en ernst en de problematiek zijn er enige bijkomende factoren die pleiten voor regeling van een wet in formele zin. In de evaluatie van de Regeling uit 2007 wordt geconstateerd dat een wettelijke grondslag voor het verschaffen van medische gegevens door de arts aan de Centrale deskundigencommissie ontbreekt.³⁹⁹ De nieuwe Regeling voorziet daarin ook niet. De stand van zaken betreffende de bescherming van de persoonsgegevens vraagt om een basis in een wet in formele zin. Voorts zou in een formeel-wettelijke regeling wellicht meer en beter recht kunnen worden gedaan aan de juridische positie van artsen wier levensbeëindigend handelen hen immers onder de reikwijdte van strafbepalingen als moord en doodslag brengen, met alle consequenties (en rechten) van een al dan niet potentiële verdachte van dien. In een dergelijke, formeel-wettelijke regeling zou de controle mogelijk meer toegesneden kunnen worden op onzorgvuldig handelen bij levensbeëindiging, doordat de strafbaarstelling zich richt op het niet-handelen conform de zorgvuldigheidseisen in plaats van op levensbeëindiging als zodanig. Dat kan nodig zijn omdat de bij de evaluatie geconstateerde situatie dat gevallen van levensbeëindiging zonder verzoek niet eens worden gemeld, sowieso anders zal moeten worden.

Deze laatste vaststelling maakt duidelijk dat bij eventuele wetgeving in formele zin meer inhoudelijk nader te kiezen valt uit verschillende modaliteiten. De Wtl-uitzondering in geval van euthanasie op verzoek heeft de vorm gekregen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond. De Wtl heeft daarbij laten zien dat het concept van een basis in het strafrecht met verwijzing naar (formele) regeling een goed concept is. Kelk heeft wel eens een andere weg gewezen.⁴⁰⁰ Ook hij ging uit van de wenselijkheid van een formeel-wettelijke basis, maar dan met het leerstuk van de bestanddeel-wederrechtelijkheid als vorm om strafbaarheid af te bakenen van legitieme gevallen van levensbeëindiging bij pasgeborenen. Dit is de weg die ook Enschedé indertijd voor ogen stond bij zijn pleidooi voor wettelijke regeling van euthanasie op verzoek.⁴⁰¹

³⁹⁹ *Evaluatierapport Regeling*, p. 105.

⁴⁰⁰ C. Kelk, 'De praktijk van euthanasie: het einde van een rijpingsproces?', *NJB* 1997, p. 101-107.

⁴⁰¹ Ch.J. Enschedé, 'Over de meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels; enkele rechtstheoretische opmerkingen', gepubliceerd in Ch.J. Enschedé, *De arts en de dood, sterven en recht*, Deventer: Kluwer 1985, onderdelen 5 en 6.

Kelk stelde voor levensbeëindiging niet op verzoek alleen dan als wederrechtelijk aan te merken als deze niet verricht is volgens de geaccepteerde regels, en deze wederrechtelijkheid op te nemen in de relevante strafbepalingen. Deze weg is om verschillende redenen niet te prefereren. Thans ligt – alleen al vanwege de rechtseenheid – eerder vormgeving conform de Wtl voor de hand, maar de wetgever kan nog kiezen. Hoe dan ook: zeker als men het ‘to-taalbeeld’ beziet, lijken er de nodige argumenten te bestaan om te concluderen dat ook met de nieuwe Regeling voor levensbeëindiging bij pasgeborenen de eindbestemming nog niet is bereikt. Er is reden om aan te nemen dat de parlementaire wetgever de zaak naar zich toe trekt en deze alleszins preciaire materie voorziet van een adequate regeling.

11.11 Afsluiting

De nieuwe ‘Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen’ van februari 2016 komt wellicht meer dan haar voorganger tegemoet aan de wensen van de beroepsgroep, maar vanuit juridisch oogpunt blijven er belangrijke vragen onbeantwoord, onder andere die naar de reikwijdte, de zorgvuldigheidscriteria en de werking van het beoordelingsmechanisme. Gezocht dient alsnog te worden naar een mechanisme dat, net zoals bij de Wtl, voldoende vertrouwen uitstraalt en mede daardoor uitnodigt en aanzet tot het melden van gevallen, en dat tegelijkertijd een garantie biedt voor een adequate regeling en praktijk voor levensbeëindiging bij pasgeborenen, waarin diverse uiterst preciaire belangen zorgvuldig worden bediend. Geconstateerd moet worden dat zo’n mechanisme ook met de nieuwe Regeling nog niet lijkt te zijn gevonden. Noch in de oude, noch in de nieuwe Regeling is er een normatief systeem voorhanden dat lijkt te voldoen aan de eisen die moeten worden gesteld aan deze ingewikkelde problematiek en de belangen die daarbij op het spel staan. Daarbij moet met name ook overwogen worden of een volgende – hopelijk optimaal functionerende – regeling niet, net als bij euthanasie op verzoek, een meer volwaardige, formeel-wettelijke basis zou moeten hebben. De aard van de materie verdient dat.

Slotbeschouwing: de Wtl na twintig jaar

12.1 Inleiding

De Wtl is op 1 april 2002 in werking getreden. Dat is nu bijna twintig jaar geleden. In deze slotbeschouwing van het onderzoek wordt een eindbalans opgemaakt. Twintig jaar na de inwerkingtreding van de Wtl blijkt er, afgezien van de specifieke probleemgebieden betreffende de schriftelijke wilsverklaring, voltooid leven en euthanasie bij dementie, ook een aantal andere, grotendeels onderbelichte probleempunten aan de orde. De vraag die in het gehele onderzoek als rode draad heeft gediend, luidt als volgt:

Functioneert de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar behoren, of spelen er onderliggend meer problemen dan op het eerste gezicht lijkt? En indien van dat laatste sprake is, wat zijn dan de oplossingsrichtingen waaraan gedacht moet worden?

Voor de beantwoording van deze vraag is in de hoofdstukken 2 en 3 eerst de stand van zaken opgemaakt wat betreft de euthanasiewetgeving in Nederland. In het daaropvolgende hoofdstuk 4 is nader bekeken of euthanasie als handelwijze helder is af te bakenen van handelwijzen die er mogelijk dicht tegen aan liggen, zoals palliatieve sedatie. Hoofdstuk 5 bevat een onderzoek naar het functioneren van de meldplicht van de arts als aspect van het strafrechtelijk controlemechanisme van euthanasie. In hoofdstuk 6 is getracht inzicht te verkrijgen in de manier waarop artsen handelingen classificeren waarmee zij het levenseinde van een patiënt bespoedigen. Hoofdstuk 7 be-

schrijft een onderzoek naar rechtspraak ter zake van de vraag in hoeverre de strafrechter rekening houdt c.q. dient te houden of kan houden met het te beschermen rechtsgoed bij de toepassing/beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering. De hoofdstukken 8 tot en met 11 gaan over levensbeëindiging bij minderjarigen in diverse leeftijdscategorieën.

De voornaamste conclusies uit deze hoofdstukken worden in de volgende paragrafen samengevat, waarmee een totaalbeeld ontstaat over het functioneren van de wettelijke regeling omtrent euthanasie op genoemde onderbelichte punten. De bevindingen bieden aanknopingspunten om stil te staan bij enige oplossingsrichtingen, die hierna in paragraaf 12.4 besproken worden. Een deel van die mogelijke oplossingen is reeds in de afzonderlijke hoofdstukken beschreven. Het vijfde en laatste onderdeel van dit hoofdstuk bevat een – het gehele onderzoek afsluitende – slotbeschouwing.

12.2 Voornaamste bevindingen omtrent functioneren wettelijke regeling

De Wtl is een product van zijn tijd, gevormd door het (academisch) debat uit de jaren zeventig en tachtig, door ontwikkelingen in de jurisprudentie, door ontwikkelingen op medisch-ethisch vlak en door de beperkte politieke periode die acceptatie van een bepaalde regeling toeliet, zowel het enkele tot stand komen als de inhoud ervan. De met de Wtl ingevoerde regeling van straffeloosheid ter zake van euthanasie⁴⁰², uitgevoerd door een arts, bestaat uit drie pijlers: het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de Lijkbezorging en de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. Het heersend beeld in de praktijk en maatschappij is dat de wet, ondanks een aantal belangrijke discussiepunten, naar behoren functioneert. Toch blijkt dat geen kloppend beeld te zijn; er is sprake van de navolgende onderbelichte problematiek.

12.2.1 Afbakeningsproblematiek

Allereerst blijkt uit hoofdstuk 4 dat het niet gemakkelijk is in één regel te formuleren wat het onderscheid is tussen enerzijds euthanasie en anderzijds in-

⁴⁰² Zoals in hoofdstuk 2 reeds gemeld, geldt waar in dit gehele onderzoek gesproken is van euthanasie, het gestelde *mutatis mutandis* ook in het geval dat de arts hulp bij zelfdoding verleent.

tensieve vormen van pijn- en symptoombestrijding in de laatste levensfase, zoals palliatieve sedatie, zodanig dat ook daadwerkelijk helder is hoe deze beide handelwijzen van elkaar afgebakend zijn. Men moet zich in allerlei bochten wringen om duidelijk te maken waarin het verschil precies zit. En ook dan zijn we er nog niet. Afbakening betreft drie aspecten: het feitelijke handelen van de arts, het opzet c.q. het oogmerk van de arts bij dat handelen en de (vermoedelijk beperkte) levensverwachting van de patiënt in kwestie. Er zijn echter wat alle drie de aspecten betreft varianten van palliatieve sedatie waarbij de grens met euthanasie overschreden wordt: er wordt een handeling uitgevoerd die ogenschijnlijk palliatieve sedatie is, maar die in principe toch onder de delictsomschrijving van art. 293 lid 1 Sr valt. De belangrijkste overschrijding van de grens van palliatieve sedatie met euthanasie schuilt in het feit dat het juridisch opzet ook voorwaardelijk opzet omvat: het willens en wetens aanvaarden van de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans dat er een gevolg intreedt. Dit maakt dat palliatieve sedatie in situaties waarin de arts zich bewust is van het feit dat door zijn handelen de dood van de patiënt sneller kan intreden, alhoewel dit niet het voornaamste doel van zijn handelen is, levensbeëindigend handelen met voorwaardelijk opzet is. Daarbij speelt mee dat het criterium van een levensverwachting van maximaal twee weken als voorwaarde om palliatieve sedatie te mogen starten, de zaken niet verheldert. Enerzijds verhindert een dergelijke termijn niet dat het handelen van de arts levensbekortend kan zijn. Anderzijds is het de vraag in hoeverre de levensverwachting van een patiënt in deze fase realistisch in te schatten is.

Er bestaat zodoende een grijs gebied tussen euthanasie als een – in beginsel strafbare – handelwijze buiten het normale medische domein en palliatieve sedatie als normale medische handeling. Zoals in hoofdstuk 4 nader is geanalyseerd, lijkt de kern van het probleem echter niet zozeer te liggen in het grijze gebied zelf, maar in het feit dat de juridische indeling aan de hand van de klassieke leerstukken niet strookt met het medisch perspectief. Het antwoord op de vraag of men een grens overschreden acht, is afhankelijk van het perspectief waar vanuit gekeken wordt: medisch of juridisch. De zwart/wit-afbakening die de regelgeving kent of althans suggereert, lijkt niet te passen bij het medische perspectief. Om het juridisch controlemechanisme optimaal te laten werken, is het echter wel noodzakelijk dat de juridische indeling van het medisch handelen aansluiting vindt bij de ervaringswereld van de arts.

Onheldere classificatie

Uit hoofdstuk 6 van dit onderzoek blijkt dat in gevallen waarin, aldus de arts, het overlijden van een patiënt het gevolg was van medicatie die was verstrekt met het uitdrukkelijke doel om het overlijden te bespoedigen op het uitdrukkelijk verzoek van de patiënt, diezelfde arts meestal ‘euthanasie’, ‘hulp bij zelfdoding’ of ‘levensbeëindiging’ de meest geschikte term voor de handelwijze vindt (82%).

Artsen classificeren het verstrekken van medicatie met het uitdrukkelijke doel om de dood te bespoedigen echter zelden als ‘euthanasie’, ‘hulp bij zelfdoding’ of ‘levensbeëindiging’ wanneer de patiënt in de stervensfase verkeert en wanneer zij andere medicatie geven dan spierverslappers. In deze gevallen worden handelingen meestal geclassificeerd als ‘palliatieve of terminale sedatie’. Dit bevestigt dat het juridische onderscheid tussen euthanasie en palliatieve sedatie in de medische praktijk niet altijd onderkend wordt. Zowel artsen als juristen moeten uitdiepen hoe de juridische classificatie van medisch handelen beter kan worden afgestemd op de perceptie van artsen van hun handelingen, want op deze manier vormt deze discrepantie een probleem binnen de Wtl.

Inzet van morfine

Bij *lege artis* uitgevoerde palliatieve sedatie kan het soms al problematisch zijn om de grens te trekken tussen normaal en bijzonder medisch handelen. Maar zoals in hoofdstuk 2 nader is uiteengezet, blijkt dat ook het gebruik van morfine bij intensieve symptoombestrijding een rol speelt bij de verwarring in afbakening tussen normaal en bijzonder medisch handelen. Morfine dient niet gekozen te worden als middel om palliatieve sedatie te starten, maar vaak krijgt de patiënt op het moment dat palliatieve sedatie gestart wordt al morfine om pijn of kortademigheid te bestrijden. Het is daarbij niet uitgesloten dat slaapmedicatie op zichzelf, slaapmedicatie in combinatie met morfine in normale dosering, of slaapmedicatie met morfine in normale dosering in combinatie met het stoppen van de toediening van vocht en voeding, het levenseinde in bepaalde situaties bespoedigt. Wat deze drie handelingen elk voor zich teweegbrengen bij een bepaalde patiënt, is meestal niet exact vast te stellen.

Daarnaast bestaat zoiets als de ‘morfine-plus-categorie’, waarbij de arts meer morfine geeft aan een stervende patiënt dan eigenlijk nodig is om sympto-

men te verlichten, of waarbij hij morfine toedient met het doel het overlijden van een patiënt te bespoedigen. Beide handelwijzen komen voor in de praktijk, zo wijst onderzoek uit. Wat zijn de juridische gevolgen van een ‘morfine-plus-handeling’? De richtlijn Palliatieve sedatie sluit deze handelwijze nadrukkelijk uit van de categorie van handelen die onder palliatieve sedatie begrepen moet worden, maar hoe deze handelwijze dan wel geassocieerd moet worden, is onhelder. Zij worden in elk geval nooit ter toetsing voorgelegd aan een Rte.

12.2.2 Meldplicht

Waar de afbakeningproblematiek gaat om de voorfase van het strafrechtelijk controlemechanisme, is de conclusie van hoofdstuk 5 dat zich ook bij die controle problemen kunnen voordoen die vragen oproepen over het functioneren van de Wtl.

Aan de bij euthanasie cruciale meldplicht van de arts wordt in zo’n 20% van de gevallen niet voldaan. Op z’n minst in een aantal daarvan is wel degelijk sprake van euthanasie in de zin van artikel 293 lid 1 Sr. Het bestaande mechanisme dat niet alleen de ingang is van de weg naar straffeloosheid van de arts na levensbeëindigend handelen, maar ook van de weg naar transparantie van en controle op dat handelen, functioneert daarmee niet in alle gevallen vlekkeloos en zonder ‘gaten’ in de werking. Het gaat in het grootste deel van de gevallen niet om het bewust saboteren van de wet. Maar die 20% is wel een beginpunt van de problematiek en roept de vraag op in hoeverre het mogelijk is een systeem te creëren waarbinnen altijd duidelijk is of artsen wel alles melden wat gemeld moet worden, waarbij de meerwaarde van een dergelijk systeem steeds op moet wegen tegen de nadelen en impact ervan voor de arts.

In relatie tot de meldplicht – zoals nader beschreven in hoofdstuk 5 – kwam in hoofdstuk 2 van dit onderzoek ook de mogelijke invloed van de jurisprudentie van het EHRM ter sprake. Dat betreft met name het *nemo tenetur*-beginsel, dat maakt dat de verdachte geen bewijs tegen zichzelf hoeft te leveren. Dat beginsel wil niet zeggen dat de meldplicht niet zal kunnen bestaan, maar als gevolg ervan zal de informatie die bij een melding overlegd wordt mogelijk niet als bewijs in een strafzaak tegen de arts kunnen worden gebruikt. De jurisprudentie van het EHRM ter zake van het *nemo tenetur*-beginsel maakt de huidige juridische regeling van straffeloosheid bij euthanasie kwetsbaar. Zolang er geen nadere concrete richting wordt gegeven door het EHRM, is

het afwachten. Als er op dit punt, via het EHRM, een andere weg begaan moet worden, dan heeft dat belangrijke consequenties voor de Wtl.

12.2.3 Rechtsvorming en rechtshandhaving

Een volgend onderbelicht thema binnen de Wtl is de rechtsvorming. De afgelopen tijd heeft het OM zich meer laten zien bij zaken rondom levensbeëindiging op verzoek, zij het tot nu toe alleen bij wijze van uitzondering. Het strafrechtelijk controlemechanisme wordt hierdoor meer voelbaar. Dat het OM in 2017 een eerste strafrechtelijk onderzoek instelde in een euthanasiezaak, lijkt een strategische keuze. Het recente optreden van het OM is daarmee ook een omslagpunt. Het bekende strafrechtelijke onderzoek naar de arts in Tuitjenhorn is hiervan een illustratie: het strafrecht staat niet meer, of in ieder geval minder op afstand. De wijze waarop het OM haar rol nu vervult, maakt dat de arts meer dreiging kan ervaren vanuit het strafrecht. Het kan betekenen dat de arts bij de uitvoering van euthanasie niet meer alleen aan zijn patiënt denkt, maar ook aan de mogelijke juridische gevolgen van eventueel levensbeëindigend handelen. Anderzijds lijkt het ook wel wenselijk om, na twintig jaar Wtl, houvast te bieden aan artsen door rechtsvorming door middel van rechtspraak. Tot op heden is hiervan geen sprake.

Het strafrechtelijk handhavingsmodel impliceert thans dat wanneer de arts niet voldoet aan de vereisten voor straffeloze euthanasie, artikel 293 lid 1 Sr zijn strafbaarheidswerking gaat doen. De arts wordt dan het verwijt van een levensdelict gemaakt. Naast het in hoofdstuk 2 gesignaleerde punt van Remmelink over het aanvullen van een wettekst door de Hoge Raad, net zoals dat bij pornografie gebeurde, kan men de vraag opwerpen of het niet ook een optie is dat een arts die zich niet aan de zorgvuldigheidscriteria houdt, niet direct vervolgd wordt voor het zware misdrijf tegen het leven (levensbeëindiging op verzoek), en bij twijfel over het uitdrukkelijk en ernstig verlangen van de betrokken patiënt zelfs voor moord. Die vraag dringt zich des te meer op in het licht van de aanstaande wetswijziging die gericht is op het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en daarbij hebben gehandeld overeenkomstig de geldende regels. Op grond van deze in hoofdstuk 2 nader besproken wetswijziging wordt in het Wetboek van Strafrecht een delictsomschrijving opgenomen, inhoudende de strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie, wanneer dit aan de schuld van de opsporingsambtenaar te wijten is, ook als dat leidt tot (zwaar) licha-

melijk letsel of de dood van degene tegen wie het geweld is toegepast. Daarnaast voorziet de wetswijziging in een strafbaarstelling van overtreding van de geweldsinstructie. Het strafrechtelijk verwijt wordt met deze wetswijziging dan dus niet meer ‘dood door schuld’ (levensdelict), maar culpose schending van de ambtsplicht, de dood ten gevolg hebbend. Dat is toch iets anders. Ten derde voorziet de wetswijziging in een wettelijk kader waarbinnen er met toepassing van opsporingsbevoegdheden onderzoek kan worden gedaan naar gebruik van geweld door een opsporingsambtenaar, zonder dat de betrokken opsporingsambtenaar als verdachte van een strafbaar feit hoeft te worden aangemerkt.

Deze wetswijziging waarin iemand – in een soortgelijke positie als die van de arts in euthanasiezaken, met dat verschil dat de geweldsambtenaar verplicht is tot handelen en de arts niet – onder een lichter regime valt door middel van een aparte strafbaarstelling, roept vragen op over de positie van de arts in euthanasiezaken. Is een soortgelijke clausule inmiddels ook wenselijk bij schending van de zorgvuldigheidsvereisten uit de Wtl, zodat de arts bij het niet naleven van de zorgvuldigheidscriteria niet direct wordt vervolgd voor het levensdelict van art. 293 lid 1 Sr (of erger)?

12.2.4 Strafrecht met mate?

Een volgend punt van discussie binnen de Wtl betreft de toepassing c.q. het toepassingsbereik van de Wtl. Toen de wet in werking trad, was nog onduidelijk wat het effect van die wet zou zijn. Daarom moest iedere zaak onder het bereik van het strafrechtelijk controlemechanisme vallen. Is dat nog steeds nodig? In de Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake actieve levensbeëindiging op verzoek heeft het OM zorgvuldigheidscriteria nader gedifferentieerd. Daaruit blijkt dat volgens het OM alleen het niet-naleven van datgene wat het OM ‘kerncriteria’ noemt (de eis dat het verzoek vrijwillig en weloverwogen is en de eis dat er sprake is van uitzichtloos en ondraaglijk lijden), nog tot vervolging moet leiden.

12.2.5 Barmhartigheid en levensbeëindiging bij kinderen

Barmhartigheid als dragend beginsel van de Wtl gaat ervan uit dat het artsen geoorloofd is om binnen de grenzen van medisch verantwoorde of in elk geval geaccepteerde beroepsuitoefening een einde te maken aan ondraaglijk lijden. De criteria voor dergelijk handelen zijn onder andere gekoppeld aan de wil van de patiënt, en daar begint een volgend problematisch punt van de Wtl.

Geen regeling voor kinderen tussen de 1-12 jaar

Binnen de Nederlandse regelgeving worden diverse leeftijdscategorieën onderscheiden. De betekenis van de vrije wilsbeschikking ter zake van levensbeëindiging wordt bij patiënten jonger dan 16 jaar ingeperkt, bij patiënten jonger dan 12 jaar nog meer ingeperkt, en voor 0-1-jarigen is er een aparte regeling, waarin het als vanzelfsprekend geheel ontbreken van de mogelijkheid voor de patiënt om zijn of haar wil te verklaren, niet meer problematisch blijkt. De regeling rondom euthanasie in Nederland maakt duidelijk dat wij *in ultimo* het actief beëindigen van het leven als een onder omstandigheden geoorloofde vorm van lijdensbeëindiging zien. Rechtvaardigt de (gelijke) aard van het lijden dit juridisch onderscheid in leeftijdscategorieën wel steeds of voldoende, aannemende dat ondraaglijk lijden zich ook bij kinderen kan voordoen? Voor de categorie van kinderen tussen de 1-12 jaar is er geen afzonderlijke wettelijke (uitzonderings)regeling getroffen en bestaan er zodoende geen uitzonderlijke wettelijke kaders, terwijl de algemene notie van noodtoestand (art. 40 Sr) voor deze categorie nooit nader is ingevuld.

Het feit dat artsen sporadisch aangeven dat zij bij patiënten in de leeftijdscategorie van 1-12 jaar een hogere dosering morfine geven dan daadwerkelijk nodig is voor symptoombestrijding, zoals nader blijkt uit hoofdstuk 9, duidt erop dat zij zich soms op of zelfs over de grens tussen normaal medisch handelen en levensbeëindiging bewegen. Daarmee is niet direct gezegd dat een regeling nodig is, maar het laat wel zien dat zich binnen deze leeftijdscategorie soms noodsituaties voordoen waarbij een arts het ondraaglijk lijden van zijn patiënt wil stoppen, maar daartoe mogelijk niet over de juiste of in elk geval niet over dezelfde juridische modaliteiten van straffeloosheid kan beschikken als in andere gevallen (de Wtl vanaf 12 jaar en de Regeling beoordelingscommissie LZALP voor 0-1-jarigen). Hoofdstuk 9 bevestigt dat wat vanuit theoretisch oogpunt is geproblematiseerd aangaande levensbeëindiging bij minderjarigen, ook in de praktijk terugkomt.

Levenseindezorg van kinderen in Duitsland

Het is de vraag of de behoefte aan de mogelijkheid van actieve levensbeëindiging bij kinderen een typisch Nederlandse behoefte is. Om inzicht te verkrijgen in de behoefte bij Duitse kinderartsen aan de mogelijkheid van actieve levensbeëindiging bij kinderen, heeft een onderzoek onder Duitse kinderartsen plaatsgevonden, zoals uitgebreid is beschreven in hoofdstuk 10. Daaruit bleek dat bijna alle ondervraagde Duitse kinderartsen erkennen

dat ook kinderen ondraaglijk kunnen lijden. Dit ondraaglijke lijden kan volgens hen onder meer worden verlicht door symptoombestrijding of palliatieve sedatie. Daarnaast zijn bijna alle ondervraagde kinderartsen van mening dat er een duidelijk verschil is tussen palliatieve sedatie en actieve euthanasie. Er zijn echter ook artsen die erop wijzen dat het verschil niet altijd duidelijk is en dat er een zeker grijs gebied is. De antwoorden op de vraag of de arts ooit in een situatie is beland waarin hij actieve euthanasie zou willen toepassen, lieten zien dat sommige Duitse artsen in bepaalde situaties een zekere morele nood ervaren. Desalniettemin stelden alle geïnterviewde artsen dat er geen wettelijke regelgeving nodig is. Ter vergelijking: uit een Nederlands onderzoek blijkt dat 5% van de ondervraagde artsen van mening is dat er geen wettelijke regeling zou moeten komen voor euthanasie bij kinderen. De behoefte aan regelgeving die levensbeëindiging mogelijk maakt bij kinderen die ondraaglijk lijden, lijkt al met al sterker aanwezig onder Nederlandse kinderartsen dan onder hun Duitse collega's. Dit verschil is waarschijnlijk een gevolg van het feit dat er in Nederland al euthanasiewetgeving bestaat en de daaronder liggende culturele en historische verschillen. Het lijkt er niet op dat Duitse kinderartsen heel anders zouden omgaan met dan wel aankijken tegen lijden van ernstig zieke kinderen.

Grijs gebied levensbeëindiging bij kinderen

Uit hoofdstuk 8 van dit onderzoek blijkt dat levensbeëindiging bij kinderen in de leeftijdscategorie van 1-16 jaar niet of nauwelijks voorkomt, maar dat er wel sprake is van een grijs gebied tussen normaal medisch handelen en levensbeëindiging. Voor levensbeëindigend handelen door artsen bij patiënten ouder dan 12 jaar gelden de bekende wettelijke kaders van de WtI. Ook voor deze leeftijdscategorie moeten artsen door een heldere afbakening van verschillende handelwijzen in de gelegenheid gesteld worden zich aan deze wettelijke kaders te houden, zodat zij zich zodoende in de juiste situatie op de juiste regelgeving (kunnen) beroepen. Kennis over en inzicht in het grijze gebied tussen normaal medisch handelen en levensbeëindiging bij kinderen van 1-12 jaar is met name relevant om de vraag te kunnen beantwoorden of regelgeving ter zake van levensbeëindigend handelen voor deze groep aangewezen is, en in welke mate artsen zich bij ontstentenis van regelgeving in het grijze gebied begeven. Dat is in zoverre logisch omdat er met het handelen wordt beoogd een einde te maken aan vormen van ondraaglijk lijden, welk lijden zich nu eenmaal niet aan juridische leeftijdscategorieën pleegt te houden.

Levensbeëindiging bij pasgeborenen

Terwijl een regeling voor actieve levensbeëindiging bij kinderen van 1-12 jaar thans ontbreekt, bestaat er wel een regeling voor actieve levensbeëindiging bij pasgeborenen. Of deze regeling feitelijk en normatief ook naar behoren functioneert, is een andere vraag. Zoals in hoofdstuk 11 is onderzocht, komt de nieuwe ‘Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen’ van februari 2016 wellicht meer dan haar voorganger tegemoet aan de wensen van de beroepsgroep, maar vanuit juridisch oogpunt blijven belangrijke vragen onbeantwoord, onder andere die naar de reikwijdte, de zorgvuldigheidscriteria en de werking van het beoordelingsmechanisme. Noch in de oude, noch in de nieuwe regeling is er een normatief systeem voorhanden dat lijkt te voldoen aan de eisen die moeten worden gesteld aan deze ingewikkelde problematiek en de belangen die daarbij op het spel staan.

12.3 Tussenconclusie: de Wtl onder druk

Het eerste onderdeel van de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek is of de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar behoren functioneert, of dat er onderliggend meer problemen spelen dan op het eerste gezicht lijkt. Het bovenstaande moge duidelijk maken dat er op belangrijke onderdelen inderdaad discussie gevoerd wordt dan wel gevoerd zou moeten worden. Het beeld van een goed werkende kern met als uitzondering uitsluitend de bekende, specifieke probleemgebieden van de wilsverklaring en euthanasie bij dementie, alsmede de ‘voltooid leven’-problematiek, onder andere naar voren komend uit de drie wetsevaluaties, lijkt niet helemaal kloppend. Op diverse onderling van elkaar verschillende punten bestaan problemen. Twintig jaar na de inwerkingtreding van de Wtl kan nog niet c.q. niet meer gesproken worden van een afgerond geheel. Binnen de wettelijke regeling omtrent euthanasie speelt onderliggend meer dan op het eerste gezicht lijkt.

Wat zijn de consequenties die daaraan verbonden moeten worden? Betekent het dat de Wtl op de besproken onderdelen moet worden aangepast? Moet er opnieuw een staatscommissie komen om de materie integraal te bestuderen? Of dient eerst het maatschappelijk debat gevoerd te worden? Kan de rechter van betekenis zijn bij voornoemde knelpunten? Of moet de gehele Wtl op de schop?

12.4 Enige oplossingsrichtingen

Een aantal oplossingsrichtingen voor de verscheidene probleempunten binnen de wettelijke regeling omtrent euthanasie, deels reeds benoemd in eerdere hoofdstukken, wordt hierna besproken. Daarbij wordt onderscheid gemaakt in oplossingen die via de rechtspraak, of van de wetgever, vanuit de geneeskunde of wellicht nog uit andere bron moeten of zouden kunnen komen.

12.4.1 Rechtsvorming

Een eerste oplossingsrichting ligt bij de rol die de rechter speelt c.q. kan spelen. Strafvervolgning is een kernonderdeel van het systeem dat straffeloze euthanasie mogelijk maakt, omdat euthanasie nu eenmaal via het strafrecht verloopt. Het daadwerkelijk instellen van strafvervolgning is daarom op zichzelf niet verkeerd, ook niet wanneer dat gebeurt met het oog op rechtsvorming. De uitspraak van de Hoge Raad uit 1984 (Schoonheim – van voor de Wtl) en die van de Rechtbank Den Haag uit 2019 (de zogenaamde ‘koffie-euthanasie’ over de wilsverklaring – uitleg van de Wtl) zijn maar twee van de – wellicht prominentere – voorbeelden, die direct laten zien dat rechtsvorming ook voordelen kan hebben. Strafrecht heeft immers ook de opening geboden tot de wettelijke regeling zoals die in 2002 tot stand kwam.

Zoals uit het voorgaande blijkt, doen zich gevallen van palliatieve sedatie voor die over de grens van euthanasie liggen. Nu is daarmee niet direct gezegd dat de arts moedwillig melding achterwege laat om het strafrechtelijk controlemechanisme te ontlopen. Eerder lijkt het te gaan om een juridische indeling van handelwijzen die niet herkend lijkt te worden in de praktijk. Hoewel er gevallen van palliatieve sedatie zijn die voldoen aan de criteria van artikel 293 lid 1 Sr en de Wtl, wordt dat vanuit de arts veelal anders beleefd: voor hem zijn palliatieve sedatie en euthanasie allebei middelen om ondraaglijk lijden bij de patiënt te verlichten, en die middelen lijken soms nu eenmaal veel op elkaar. Vanuit die invalshoek komt men uit bij de rol van de rechter. Aan hem zijn immers diverse, uiteenlopende mechanismen toevertrouwd om in een specifieke zaak te beslissen tot niet-strafbaarheid of niet-strafwaardigheid.

‘Typizität’ als oplossing voor de afbakeningsproblematiek

In hoofdstuk 4 zijn diverse oplossingsrichtingen voor de afbakeningsproble-

matiek verkend. *Typizität* kwam daarbij als meest aangewezen richting naar voren. Het ‘artsenperspectief’ waarin het beëindigen van het lijden van de patiënt voorop staat, met palliatieve sedatie of – *in ultimo* – euthanasie als *middel* daartoe, introduceert deze juridische modaliteit. Als er sprake is van voorwaardelijke opzet op het eerder doen intreden van de dood, maar de intentie is die van palliatieve sedatie, ofwel het verminderen van de lijdenservaring van de patiënt, dan zou de rechter in geval van vervolging ondanks de bewezenverklaring kunnen bepalen dat het hier niet gaat om een geval waarvoor de wet bedoeld is. Daartoe kan het op langere termijn aangewezen zijn om – zoals de Staatscommissie ook bepleitte – de vormen en gevallen van palliatieve sedatie ‘over de grens’ uit te sluiten middels een uitdrukkelijke wettelijke bepaling van de reikwijdte van art. 293 lid 1 Sr. Of dit ook de ultieme oplossing is, is niet gezegd. Het verleden laat in ieder geval zien dat de tot nu toe ondernomen pogingen om helderheid te scheppen in de afbakening tussen palliatieve sedatie en euthanasie, nog niet geleid hebben tot een vruchtbare, voor alle betrokkenen adequate oplossing. Daarmee is er sowieso een onwenselijke situatie; er bestaat een grijs (grens)gebied waarover artsen en juristen zich gezamenlijk dienen te buigen. *Typizität* kan daarbij helpen, juist omdat in dat model – paradoxaal gezegd – zaken nu juist niet alleen maar vanuit een typisch juridisch of typisch medisch perspectief worden beschouwd.

Rechtshandhaving: strafvervolgning en cassatie in het belang der wet

Een oplossing voor de rechtsvorming door rechtspraak die wenselijk is na twintig jaar Wtl, zonder dat de arts door de actievare houding van het OM (onwenselijke) dreiging ervaart, ligt in de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet tegen uitspraken van de Rte. Dit buitengewone rechtsmiddel is in art. 456 Sv jo. art. 78 Wet RO opgenomen en biedt aan de Procureur-Generaal van de Hoge Raad de mogelijkheid om een cassatieberoep in te stellen tegen aldaar genoemde beslissingen. De oordelen van de Rte’s worden in het wetsartikel thans niet genoemd.

Deze oplossingsrichting sluit aan bij de derde wetsevaluatie waarin wordt aanbevolen nader onderzoek te doen naar de mogelijkheid om tegen oordelen van de Rte’s cassatie in het belang der wet mogelijk te maken. Bij cassatie in het belang der wet wordt er, door middel van rechtsvorming door rechtspraak, voor artsen meer duidelijkheid gecreëerd over de interpretatie van de Wtl en wordt de Rte tegelijkertijd in haar status bevestigd door de Hoge

Raad. Door rechtspraak op deze manier ‘uit te lokken’, wordt er – bij bevestiging van de uitspraken van de Rte – door de Hoge Raad immers steun gegeven aan de interpretatie van de Wtl door de toetsingscommissies.

De Wtl sluit formeel niet uit dat het OM ook bij gevallen die door de Rte als ‘conform de zorgvuldigheidseisen’ worden beoordeeld, strafvervolgning instelt. Dat is een ander argument voor invoering van de mogelijkheid tot cassatie in het belang der wet. Als een uitspraak tot uitleg van de wet wenselijk is, zou er geen hinder ondervonden mogen worden van een eventueel afwijkende uitspraak van de Rte. Ook zaken met als uitkomst ‘zorgvuldig’ zouden aan de rechter voorgelegd moeten kunnen worden. Het is vanwege de rechtszekerheid van artsen onwenselijk om dit via de reguliere weg van strafvervolgning te bewerkstelligen. De mogelijkheid van cassatie in het belang der wet lost de eventuele afhankelijkheid van het onzorgvuldigheidsoordeel van de Rte op.

Bij nader onderzoek naar de aldus wenselijke mogelijkheid van invoering van cassatie in het belang der wet tegen oordelen van de Rte’s zal wel de vraag rijzen of de oordelen van de Rte’s een vorm hebben die zich leent voor een cassatieberoep. Ondanks het feit dat de Rte’s geen feitenonderzoek doen, zou dit niet tot problemen hoeven te leiden. Met cassatie in het belang der wet wordt nadere wetsuitleg beoogd en verkregen. De toepassing van die wetsuitleg op de concrete feiten is met het oog op dit doel minder relevant. Dat de Rte’s zelf geen feitenonderzoek verrichten, hoeft daarom niet onmiddellijk het eerste en grootste bezwaar te zijn tegen cassatie in het belang der wet. Voorwaarde is eerder dat de Rte’s hun rechtsoordeel over de uitleg van de Wtl in het algemeen zodanig in hun oordeel vormgeven dat duidelijk is welke rechtsvraag aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd. Het gaat bij het instrument van cassatie in het belang der wet immers juist en allereerst om het uitlokken van rechtspraak over de interpretatie van de wet.

Een eerste aanzet tot deze oplossing in de vorm van een tussenvariant is onlangs gegeven. In een vonnis uit 2019 oordeelde de rechtbank dat de arts had voldaan aan de zorgvuldigheidseisen van artikel 2 lid 1 Wtl. Het OM was het niet eens met het vonnis van de rechtbank, maar zag ook hoe belastend de zaak voor de arts was. Omdat de feiten vaststaan, maar het OM wel duidelijkheid wil op een aantal rechtsvragen, heeft het OM de procureur-generaal bij de Hoge Raad verzocht cassatie in het belang der wet in te stellen om zoveel

mogelijk duidelijkheid te krijgen over de uitleg van de wet, specifiek over de vraag hoe arts en verpleegkundige moeten gaan met euthanasie bij wilsonbekwame patiënten. Op 17 december 2019 heeft de procureur-generaal twee cassatieberoepen ingesteld in het belang der wet. Deze betreffen zowel de strafzaak als de tuchtzaak tegen de arts. Kort voor de afronding van deze tekst wees de Hoge Raad in het voorjaar van 2020 arrest. Het arrest lijkt de waarde van cassatie in het belang der wet in Wtl-zaken bewezen te hebben.

Weliswaar werd in hoofdstuk 2 duidelijk dat er tegenstanders van cassatie in het belang der wet zijn tegen uitspraken van de Rte's, maar hun tegenargumenten overtuigen niet en dus kan introductie van cassatie in het belang der wet als oplossingsrichting van een deel van de problemen worden aanbevolen.

Het formuleren van een aparte, specifieke strafbepaling

De wetgever kan bijdragen aan de oplossing van de problematiek rond de wettelijke regeling omtrent euthanasie door het formuleren van een aparte, specifieke strafbepaling voor het verwijt van het (enkele) niet naleven van de zorgvuldigheidscriteria. De discussie over de toepassing c.q. het toepassingsbereik van de Wtl wordt door middel van deze oplossingsrichting ook deels opgelost, omdat het strafrecht met mate toegepast wordt in die gevallen waarin dat mogelijk blijkt.

De arts bevindt zich in een bijzondere positie, net als de besproken opsporingsambtenaar in de aanstaande wetswijziging die is gericht op het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en daarbij hebben gehandeld overeenkomstig de geldende regels. De arts voert immers een handeling uit die voldoet aan een delictsomschrijving, doordat hij zijn patiënt tegemoet treedt en diens lijden *in ultimo* beëindigt door middel van euthanasie. Maar met dat recent in de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel lopen deze twee vergelijkbare 'bijzondere' posities in juridisch opzicht nu onverklaarbaar ver uit elkaar. Er bestaat wel een verschil in beide posities: de opsporingsambtenaar is ertoe verplicht om in bepaalde situaties geweld aan te wenden, terwijl de arts nimmer verplicht is tot euthanasie. Toch lijkt dit verschil op het eerste gezicht niet te rechtvaardigen dat de arts voor zijn handelen veroordeeld kan worden voor een levensdelict. Een oplossing voor het gegeven dat de arts het idee kan hebben gelijk gesteld te worden

met een ‘moordenaar’ (althans met een verdachte van het misdrijf van moord), kan daarom liggen in het formuleren van een aparte, specifieke strafbepaling voor het verwijt van het (enkele) niet naleven van de zorgvuldigheidscriteria uit de Wtl. Een zodanige bepaling die dan een misdrijf zou opleveren, zou er als volgt uit kunnen zien.

De arts aan wiens schuld het te wijten is dat hij de in artikel 2 lid 1⁴⁰³ Wtl bepaalde zorgvuldigheidseisen niet naleeft, wordt gestraft:

- 1°. met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie, indien het (enkele) niet naleven ervan ziet op de zorgvuldigheidscriteria geformuleerd in artikel 2 lid 1 sub c tot en met f;
- 2°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het (enkele) niet naleven ervan ziet op de zorgvuldigheidscriteria geformuleerd in artikel 2 lid 1 sub a of b.

Door toevoeging van dit artikel aan het Wetboek van Strafrecht⁴⁰⁴ wordt voorzien in een culpoze variant voor het overtreden van de zorgvuldigheidseisen zoals opgenomen in artikel 2 lid 1 Wtl. Op deze manier wordt voorkomen dat de arts die in een bijzondere positie gesteld is, bij het (enkele) overtreden van de zorgvuldigheidscriteria wordt vervolgd voor een levensdelict.

12.4.2 Betere scholing en voorlichting voor meer (juistere) meldingen

Een volgende oplossingsrichting betreft de in het onderzoek geanalyseerde kwalificatie-problematiek. De oplossing komt nu uit de medische hoek en stuurt aan op aanscherping van het curriculum van medici, al dan niet in opleiding, op het terrein van levenseindebeslissingen. De melding van niet-natuurlijk overlijden vraagt om transparantie, toezicht en controle die binnen het strafrecht en de Wet op de Lijkbezorging is georganiseerd. Dat is de reden waarom de juridische kwalificaties binnen het bestaande systeem leidend zijn. Dan is het wel aangewezen dat de inhoud van deze kwalificatie helder is, zodat de arts weet wat wel en wat niet moet worden gemeld. Maar het is ook noodzakelijk dat deze juridische kwalificaties dan ook door artsen wor-

⁴⁰³ Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om de vraag ook voor artikel 2 lid 2 Wtl te beantwoorden.

⁴⁰⁴ Vanwege de binding met de zorgvuldigheidseisen zou ook overwogen kunnen worden om het misdrijf niet op te nemen in het Wetboek van Strafrecht, maar bijvoorbeeld in een artikel 293a Sr in de Wtl.

den gevolgd. Gegeven de uitkomst van de derde wetsevaluatie is verbetering van de kennis van artsen op dit punt noodzakelijk. Betere scholing en voorlichting kan nog veel verbeteren, alvorens over een wetswijziging na te denken. Maar in hoofdstuk 5 is daaraan niet voor niets toegevoegd: deze denkrichting klinkt vrijblijvender dan zij bedoeld is. Aanpassing van de Richtlijn betreffende de werkwijze van de Rte's kan ook de mogelijkheid openen om 'twijfelgevallen' te melden. En als we de juridische weg van meer controle op de arts afwijzen, maar tegelijkertijd een meldingspercentage van circa 80% van alle gevallen niet wenselijk vinden (al is het maar door onduidelijkheid, waardoor zowel het systeem van melden als de strafbedreiging tegen ten onrechte niet melden niet werkt), dan mag van artsen een stap in het bijdragen aan het verbeteren van het systeem en het verkleinen van het grijze gebied worden verwacht. Aan hen blijft tenslotte het vertrouwen gegund dat zij melden wat gemeld moet worden. De stimulans daartoe, de zet in de goede richting, mag daarbij best ook van een enkele strafvervolgning ter zake van artikel 81 onder 1 jo. artikel 7 Wlb komen. Want het bestaande grijze gebied is te groot en de materie te belangrijk.

12.4.3 Strafrecht met mate

Strafrecht moet zijn plaats hebben binnen het wettelijk bestel van euthanasie, maar moet zijn plaats ook kennen. De vraag rijst of het niet mogelijk zou zijn om overeenstemming te bereiken over situaties waarin het strafrecht inmiddels, twintig jaar na inwerkingtreding van de Wtl, meer op afstand kan worden geplaatst. Waar het strafrecht ervan uitgaat dat de arts zich inspant om de best mogelijke zorg te bieden om het lijden van patiënten te verlichten, mag de arts omgekeerd van het strafrecht verlangen dat het zich zo ver mogelijk terugtrekt ten aanzien van die aspecten waarover in de afgelopen jaren overeenstemming lijkt te zijn bereikt. Daartoe is het niet direct noodzakelijk het gehele wettelijke systeem op de schop te nemen; lagere, aanvullende regelgeving kan al een belangrijke stap in de goede richting zijn.

Er kan in dat kader bijvoorbeeld nagedacht worden over het formuleren van nadere voorwaarden in het geval dat het OM, ondanks dat er een oordeel van zorgvuldigheid van de Rte ligt, toch wil vervolgen. Zo'n voorwaarde en extra waarborg zou kunnen zijn dat er dan alleen stappen genomen kunnen worden in het kader van cassatie in het belang der wet, tenzij het OM aannemelijk maakt dat gewone strafvervolging aangewezen is.

Nadere differentiatie

Om terugtrekking van het strafrecht te bevorderen, kan verder gedacht worden aan nadere differentiatie van de criteria die aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond worden gesteld. Twintig jaar geleden zijn de zorgvuldigheidseisen in de Wtl bewust ‘open’ geformuleerd om ruimte te laten voor nadere invulling en specificatie. Kan c.q. moet er inmiddels een vervolgstap gezet worden? Met het feit dat er jaarlijks een flink aantal zaken schriftelijk door de Rte wordt afgedaan als ‘niet-vraag-oproepende’ meldingen, is er een categorie van ‘standaardgevallen’ ontstaan die bij de Rte terechtkomen. De vraag is of deze categorie niet aan nadere differentiatie onderworpen moet worden en geheel onder het strafrechtelijk controlemechanisme uit moet worden gehaald. Kort voor de afronding van deze tekst wees de Hoge Raad in het voorjaar van 2020 arrest, waarmee bevestigd wordt dat ‘strafrecht met mate’ in euthanasiezaken aangewezen is, zeker voor wat betreft het medische gedeelte van euthanasie: ‘Voor zover een geval van levensbeëindiging op verzoek van de patiënt door een arts leidt tot strafrechtelijke vervolging, kan de strafrechter uitleg geven aan de wettelijke regeling, maar past hem een terughoudende opstelling bij de beantwoording van de vraag welk medisch handelen binnen dit kader aanvaardbaar is.’ en ‘Afgezien hiervan brengt ook de omstandigheid dat ieder medisch handelen van een arts, dus ook zijn handelingen in het kader van een levensbeëindiging op verzoek, aan het medisch tuchtrecht is onderworpen, mee dat strafvervolging niet steeds de meest aangewezen reactie is op een mogelijk geval van onzorgvuldig medisch handelen in het kader van een levensbeëindiging op verzoek van de patiënt door een arts.’⁴⁰⁵ Ook zijn door het OM een tweetal ‘kerncriteria’ geformuleerd en zullen de overige criteria bij overtreding over het algemeen niet tot vervolging leiden. Een andere mogelijkheid is om een aparte richtlijn te formuleren waarin extra voorwaarden voor het OM worden geformuleerd om vervolging in te stellen bij gevallen uit de categorie ‘niet-vragen-oproepend’, bijvoorbeeld: alleen vervolgen indien aannemelijk is dat de Rte van een verkeerde of discutabele wetsuitleg uitgaat.

Een tweede vorm van differentiatie binnen de bestaande wetgeving heeft reeds plaatsgevonden bij levensbeëindiging bij patiënten met psychisch lijden. Binnen het bestaande model kunnen ingewikkeldheden ontstaan die vragen om nadere differentiatie. Dat hoeft niet direct een probleem te vor-

⁴⁰⁵ HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, r.o. 4.11.2 en 4.11.3.

men, omdat het binnen het bestaande stelsel mogelijk is om aanvullende criteria te formuleren die de problematiek oplossen zonder dat de gehele wet op de schop moet. De open formulering van de zorgvuldigheidseisen in de huidige wetgeving creëert deze mogelijkheid. Na deze differentiatie van criteria voor de categorie van mensen met psychisch lijden zou een volgende stap kunnen zijn te onderzoeken of er meer categorieën toe zijn aan deze vorm van nadere differentiatie.

12.4.4 Uitbreiding regeling kinderen 1-12 jaar

Omdat met levensbeëindigend handelen wordt beoogd een einde te maken aan ondraaglijk lijden, hetwelk zich nu eenmaal niet aan juridische leeftijdscategorieën pleegt te houden, is het wenselijk te zoeken naar een verantwoorde vorm van levensbeëindiging bij kinderen van 1-12 jaar. Dit is te meer van belang nu uit onderzoek blijkt dat artsen wel degelijk ondraaglijk en uitzichtloos lijden zien bij kinderen in deze leeftijdscategorie, en het gevoel hebben dit lijden niet altijd weg te kunnen nemen. Een oplossing hiervoor ligt allereerst in het verhelderen van de bestaande regelgeving ten aanzien van levensbeëindiging bij kinderen van 1-12 jaar, en daarnaast in het onderzoeken of nadere regulering aangewezen is. Daarbij dient extra aandacht besteed te worden aan het zoeken van aansluiting bij de reeds bestaande regeling voor de andere leeftijdscategorieën (respectievelijk die voor pasgeborenen en de Wtl).

Ook in deze probleemcategorie bieden betere scholing en voorlichting minstens een deel van de uitkomst. Basiskennis van kinderartsen over palliatieve zorg kan worden vergroot door er in de opleiding meer aandacht aan te besteden. De onlangs opgerichte kindercomfortteams binnen de UMC's en het onlangs opgerichte artsen-steunpunt van het landelijk Kenniscentrum Kinderpalliatieve Zorg dienen meer bekendheid en draagvlak te krijgen. Op deze manier kan worden voorzien in de behoefte van artsen aan inbreng van palliatieve expertise in aanloop naar een eventuele medische beslissing rond het levenseinde.

Ook binnen de categorie van 1-12-jarigen bestaat classificatieproblematiek. Het onderscheid tussen palliatieve sedatie en actieve levensbeëindiging is ook voor kinderartsen soms onhelder en dient verhelderd te worden. Zowel artsen als juristen moeten uitdiepen hoe de juridische classificatie van medisch handelen beter kan worden afgestemd op de perceptie van artsen van

hun handelingen. Naast betere scholing kan herziening van de NVK-richtlijn Palliatieve zorg voor kinderen hierin een rol spelen.

Dan resten nog een aantal specifieke probleempunten waarvoor een mogelijke oplossingsrichting niet gemakkelijk voor de hand ligt.

12.4.5 Levensbeëindiging bij pasgeborenen

Het zoeken van aansluiting voor een regeling voor levensbeëindiging voor 1-12-jarigen bij de bestaande regeling voor pasgeborenen, geeft ook aanleiding om het huidige systeem voor levensbeëindiging bij pasgeborenen kritisch te herzien. Gezocht dient alsnog te worden naar een mechanisme dat, net zoals bij de Wtl, voldoende vertrouwen uitstraalt en mede daardoor uitnodigt en aanzet tot melden van gevallen, en dat tegelijkertijd een garantie biedt voor een adequate regeling van de praktijk van levensbeëindiging bij pasgeborenen waarin diverse, uiterst precare belangen zorgvuldig worden bediend. Geconstateerd moet worden dat zo'n mechanisme ook met de nieuwe regeling nog niet lijkt te zijn gevonden. Overwogen moet worden of een volgende – hopelijk optimaal functionerende – regeling, net als bij euthanasie op verzoek, een meer volwaardige, formeel-wettelijke basis zou moeten hebben. De aard van de materie verdient dat en is een serieuzere discussie waard dan dat wat we nu hebben. Wellicht zou de in hoofdstuk 2 besproken suggestie van het Human Rights Committee om vooraf te gaan toetsen, hier toch van betekenis kunnen zijn. Nader onderzoek naar de mogelijkheid van toetsing vooraf bij levensbeëindiging bij pasgeborenen kan in ieder geval geen kwaad.

12.4.6 Zijstap: hulp bij zelfdoding door de niet-arts en het EHRM

Hulp bij zelfdoding door een niet-arts en het EHRM zijn in dit onderzoek niet als zodanig onderzocht. Toch is het wel relevant hierover iets op te merken, voordat er een algemene conclusie kan worden getrokken over het functioneren van de Wtl. De Wtl, met de arts als middelpunt, is zoals eerder aangegeven een product van haar tijd: de wet behelst – als uitkomst van het wetgevingsproces en de politieke discussie die daaraan ten grondslag lag – datgene wat *toen* haalbaar was. Zonder dat de Wtl zelf verandert, komt de positie van de arts anders te liggen wanneer er naast de Wtl een 'voltooid leven'-wet tot stand zou komen, en het ook voor een niet-arts mogelijk wordt om hulp bij zelfdoding bij een naaste straffeloos toe te passen. Er zou daarmee een tweede route naast de Wtl mogelijk zijn, wat zou maken dat het oorspron-

kelijke concept van de Wtl mogelijk uitgehold wordt. De exclusiviteit van het 'Wtl-model' komt dan onder druk te staan.

Het vervolg in het maatschappelijke en politieke debat over hulp bij zelfdoding door de niet-arts moet uitwijzen wat de invloed daarvan zal zijn op de huidige wettelijke regeling omtrent euthanasie.

Ditzelfde geldt voor de jurisprudentie van het EHRM. Niets wijst erop dat er zich veranderingen op dat vlak hebben afgespeeld die zouden maken dat er in deze conclusie nadere aandacht moet worden besteed aan deze materie, meer dan datgene wat in hoofdstuk 2 van dit onderzoek daarover gezegd is. Zolang er geen nadere concrete richting wordt gegeven door het EHRM, is het afwachten of het EHRM meent dat met de meldingsprocedure het *nemo tenetur*-beginsel geschonden wordt.

12.5 Tot besluit

De rechtelijke beslissing rondom levensbeëindiging op verzoek die het begin markeert van de maatschappelijke discussie die leidde tot de Wtl, stamt uit 1973. Er is vervolgens dertig jaar (tot 2002) over gedaan om een regeling te formuleren, door voor een dergelijke 'betrekkelijk gemakkelijke casus' in feite datgene te codificeren wat de Hoge Raad in bestendige jurisprudentie reeds als subregels voor het aannemen van overmacht in de zin van noodtoestand had 'klaargelegd'. Het tijdsgebonden aspect van het ontstaan van de wettelijke regeling maakt dat de stand van zaken telkens opnieuw opgemaakt en beoordeeld moet worden. Daarbij gaat het uiteraard ook nu om een momentopname.

Voor een aantal probleempunten in de huidige wettelijke regeling zijn concrete oplossingsrichtingen te bedenken, voor andere punten ligt dat toch ingewikkelder. Het is niet uit te sluiten dat er ooit een nieuwe wet moet komen, maar voor nu is er geen consistent model te formuleren dat alle in dit onderzoek besproken probleempunten samenbrengt. Er bestaat daarnaast een niet te onderschatten kans dat een (aankondiging van) wetswijziging tot (rechts)onzekerheid in de praktijk zal leiden. Ook moet men waken voor het gevaar dat met een wetswijziging een opening wordt geboden voor het opnieuw voeren van allerlei oude discussies. Geconcludeerd kan daarom wor-

den dat het wettelijk systeem omtrent euthanasie voorlopig kan worden gelaten voor wat het is. Dat betreft dan niet alleen het systeem waarin controle plaatsvindt via het strafrecht, maar ook de nadere invulling daarvan in art. 293 lid 2 Sr, de Wlb en de nadere regeling in de Wtl.

Het ingewikkelde is dat de problematiek die in dit onderzoek is besproken, zich veelal afspeelt op de grens van twee gebieden van beroepsuitoefening. Die twee perspectieven – die van de arts en de jurist – komen idealiter bij elkaar, maar dit onderzoek maakt duidelijk dat het medisch en het juridisch perspectief nog niet voldoende op elkaar aansluiten. De arts dient zich te verhouden tot de juridische materie, en de jurist moet ervoor zorgen dat de wet kan worden toegepast binnen het handelingsperspectief van artsen. Binnen de bestaande situatie zijn oplossingen te bedenken vanuit beide gebieden van beroepsuitoefening. Vanuit de jurist door middel van rechtspraak en wetgeving, vanuit de arts door middel van betere scholing en voorlichting. Binnen de Wtl bestaan diverse problemen, maar dit betekent niet dat de Wtl helemaal op de schop moet: oplossingen voor de problemen zijn van verschillende kanten denkbaar.

In ieder geval is duidelijk geworden dat de Wtl op onderdelen niet, nog niet of niet meer vlekkeloos functioneert. Het is niet geheel ten onrechte dat er in een drietal evaluaties gesproken wordt van een goed functionerende wet, maar inmiddels is wel duidelijk dat er toch ook zwakke plekken zitten in dat ‘goed functionerende’ geheel.

Naast de meer bekende problemen rondom euthanasie zijn in dit onderzoek grotere en kleinere problemen met betrekking tot het functioneren van de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar voren getreden. Samenvattend gaat het om problemen op het gebied van afbakening, problemen op het gebied van het strafrechtelijk controlemechanisme en problemen op het gebied van rechtshandhaving en rechtsvorming. Het OM lijkt een actievere rol te gaan spelen binnen de euthanasiepraktijk en er dient aandacht te zijn voor het effect daarvan op het medisch handelen. Tegelijkertijd lijkt het ook wenselijk om bij de beantwoording van (inmiddels) rijzende vragen omtrent het functioneren en de interpretatie van de Wtl, twintig jaar na inwerkingtreding hiervan, enig houvast te kunnen hebben aan rechtsvorming door rechtspraak. Houvast dat de rechtspraak voor de Wtl immers ook bood. Ook zijn de nodige problemen rondom levensbeëindiging bij kinderen naar voren ge-

komen. Voor de categorie van 1-12 jaar bestaat geen regeling, voor de categorie 0-1-jarigen bestaat een gebrekkige regeling, en ook bij levensbeëindiging bij kinderen speelt de afbakeningsproblematiek tussen normaal medisch handelen en levensbeëindiging een rol. Daarnaast is als zijstap in dit onderzoek aangestipt dat er onduidelijkheid bestaat over de mogelijke rol van jurisprudentie van het EHRM en de mogelijke consequenties voor de Wtl van acceptatie van hulp bij zelfdoding door een niet-arts.

Voor een aantal van de genoemde problemen zijn oplossingsrichtingen te bedenken. Die oplossingen betreffen zowel het terrein van de arts als dat van de jurist. Allereerst zijn oplossingen te vinden in de hoek van rechtsvorming. Voor de afbakeningsproblematiek is *Typizität* als mogelijke oplossingsrichting aangereikt, waarbij de rechter in geval van vervolging, ondanks de bezeugenverklaring van het gepleegde feit, kan bepalen dat het niet gaat om een handelwijze waarvoor de wet bedoeld is. Cassatie in het belang der wet kan een oplossing bieden voor het door artsen mogelijk ervaren van dreiging door een actiever wordend OM, maar daarnaast ook voor het gebrek aan rechtsvorming door middel van rechtspraak. Tegelijkertijd wordt daardoor de status van de uitspraken van de Rte's bevestigd door de Hoge Raad. Een derde mogelijke oplossingsrichting in de hoek van rechtsvorming is het formuleren van een aparte, specifieke strafbaarstelling van het overtreden van de zorgvuldigheidscriteria, zodat de arts niet direct vervolgd wordt voor een levensdelict. Na twintig jaar Wtl kunnen we op bepaalde vlakken de richting van een 'strafrecht met mate' inslaan.

In dit kader kan twintig jaar na de Wtl wellicht gedacht worden aan nadere differentiatie. Enerzijds op het gebied van de 'niet-vragen-oproepende' meldingen, waarbij onderzocht kan worden of deze 'standaard'-gevallen inmiddels, twintig jaar na inwerkingtreding van de Wtl, niet onder het strafrecht uit kunnen. Maar ook de ingewikkelde categorieën binnen de Wtl kunnen baat hebben bij nadere differentiatie van de zorgvuldigheidseisen, zoals reeds gebeurde bij levensbeëindiging bij psychisch lijden. Een volgende stap is te onderzoeken of intussen meer categorieën toe zijn aan nadere differentiatie, zonder dat de gehele Wtl daarbij direct op de schop gaat.

Vanuit medische hoek zijn betere scholing en voorlichting over de verschillende concepten en typen van medisch handelen rond het levenseinde nodig. Het functioneren van het strafrechtelijk controlemechanisme, meer speci-

fiek de meldplicht, zal geoptimaliseerd worden door meer kennis bij artsen van de juridische kwalificaties binnen het bestaande systeem. De kwalificatieonduidelijkheid wordt door betere scholing en voorlichting voor een deel opgelost en er kan meer bekendheid en draagvlak gecreëerd worden voor mogelijkheden van palliatieve zorg, onder andere voor kinderen.

Uit het onderzoek is duidelijk geworden dat er in de problematiek van levensbeëindigend handelen door artsen voortdurend twee perspectieven bepalend zijn, die ieder hun eigen dominantie hebben: het perspectief van de arts en dat van de jurist. De regeling en de praktijk van euthanasie bevinden zich op de uiterste grens tussen geneeskunde en strafrecht. Artsen handelen op het scherp van de snede, want manoeuvrerend in het aangezicht van de dood. Binnen de huidige regeling gaat heel veel goed. Dit blijkt onder meer uit de lage cijfers van gevallen die door de Rte worden bestempeld als ‘niet overeenkomstig de zorgvuldigheidseisen gehandeld’. Dat we dit hebben gecreëerd in Nederland is iets waarvan we ons bewust mogen zijn. Tegelijk: strafrecht houdt zich nu eenmaal bezig met uiterste gevallen. Tijdens dit onderzoek ben ik ervan doordrongen geraakt hoe noodzakelijk het is om het handelen van artsen rondom het levenseinde ook juridisch te bepalen en te verankeren. Euthanasie valt binnen het strafrecht, juist om het binnen de door het strafrecht gestelde medische grenzen te houden en om te (kunnen) controleren of het binnen die grenzen blijft. Het strafrecht is onderdeel van het systeem dat euthanasie binnen Nederland mogelijk maakt. Euthanasie kan naar zijn aard niet alleen aan medici worden overgelaten: er wordt met de medische handeling immers een delictsomschrijving overschreden. Maar met de kennis van twintig jaar functioneren van de wettelijke regeling kunnen we wel streven naar strafrecht met mate.

Het is bij een onderwerp als dit onmogelijk te streven naar volledigheid; dat is ook niet de bedoeling geweest van dit onderzoek. Ook niet omdat een aantal discussiepunten toch weer in een nieuw licht naar voren treedt en het tijdsgebonden aspect ook nu een rol speelt. De vraag was of de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar behoren functioneert, of dat er onderliggend meer problemen spelen dan op het eerste gezicht lijkt. In dit onderzoek is aan het licht gebracht dat het bestaande positieve beeld over het functioneren van de Wtl op diverse onderdelen niet geheel klopt. Daarvoor hoeven de ogen niet te worden gesloten, niet in de laatste plaats omdat er met verdere verfijning en aanpassing van het systeem en rechtsvorming binnen het systeem al een

heel eind aan de gesignaleerde problemen tegemoet kan worden gekomen. De Wtl mag nog even blijven, maar het is niet zo dat alle onderdelen daarvan onverkort een rustig bezit vormen.

Samenvatting

Inleiding

In dit onderzoek staat de wettelijke regeling omtrent euthanasie centraal. Sinds de inwerkingtreding van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding in 2002 hebben drie wetsevaluaties plaatsgevonden, waarvan de uitkomsten overwegend positief zijn. Het heersend beeld in de praktijk en maatschappij is dat de wet, ondanks een aantal grotere discussiepunten, naar behoren functioneert. De vraag rijst of de wettelijke regeling omtrent euthanasie inderdaad naar behoren functioneert, of dat er onderliggend meer problemen spelen dan op het eerste gezicht lijkt, en indien van dat laatste sprake is, wat dan de oplossingsrichtingen zijn waaraan gedacht moet worden. Om een antwoord op deze vraag te formuleren is ingegaan op diverse aspecten van de bestaande regeling.

De Wtl na twintig jaar

De Wtl is een product van zijn tijd, gevormd door het (academisch) debat uit de jaren zeventig en tachtig, door ontwikkelingen in de jurisprudentie, door ontwikkelingen op medisch-ethisch vlak en door de beperkte politieke ruimte die op dat moment een regeling, zowel het enkele tot stand komen als de inhoud ervan, toeliet.

De rechterlijke beslissing rondom levensbeëindiging op verzoek die het begin markeert van de maatschappelijke discussie die leidde tot de Wtl, stamt uit 1973. Er is vervolgens dertig jaar (tot 2002) over gedaan om een regeling te formuleren, door voor een dergelijk 'betrekkelijk gemakkelijke casus' in feite te codificeren wat de Hoge Raad in bestendige jurisprudentie reeds als sub-regels voor het aannemen van overmacht in de zin van noodtoestand had 'klaargelegd'. Het tijdsgebonden aspect van de regeling maakt dat de stand van zaken telkens opnieuw opgemaakt en beoordeeld moet worden. Daarbij gaat het uiteraard ook nu om een momentopname.

Problematiek binnen de Wtl

De huidige regeling van straffeloosheid ter zake van euthanasie uitgevoerd door een arts bestaat uit drie pijlers: het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de lijkbezorging en de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. Naast de meer bekende problemen rondom euthanasie, zijn in dit onderzoek grotere en kleinere problemen met betrekking tot het functioneren van de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar voren getreden. Samenvattend gaat het om problemen op het gebied van de afbakening van euthanasie en palliatieve sedatie, problemen op het gebied van het strafrechtelijk controlemechanisme en problemen op het gebied van rechtshandhaving en rechtsvorming. Het OM lijkt een actievare rol te gaan spelen binnen de euthanasiepraktijk en er dient aandacht te zijn voor het effect daarvan op het medisch handelen. Tegelijkertijd lijkt het wenselijk om bij de beantwoording van rijzende vragen omtrent het functioneren en de interpretatie van de Wtl, twintig jaar na inwerkingtreding hiervan, enig houvast te kunnen hebben aan rechtsvorming door rechtspraak. Houvast dat thans nog niet bestaat.

Ook zijn de nodige problemen rondom levensbeëindiging bij kinderen naar voren gekomen. Voor de categorie van 1-12 jaar bestaat geen regeling, voor de categorie 0-1 jarigen bestaat een gebrekkige regeling, en ook bij levensbeëindiging bij kinderen speelt de afbakeningsproblematiek tussen normaal medisch handelen en levensbeëindiging een rol. Daarnaast is als zijstap in dit onderzoek de onduidelijkheid aangestipt over de mogelijke rol van jurisprudentie van het EHRM en de mogelijke consequenties voor de Wtl van acceptatie van hulp bij zelfdoding door een niet-arts.

Naast het algemeen positieve beeld over het functioneren van de Wtl, komen hiermee bij bestudering van de details van de Wtl ook bepaalde minder sterk belichte punten van discussie naar voren die nog onvoldoende uitgekristalliseerd zijn, en die meer aandacht verdienen dan zij thans krijgen.

Oplossingsrichtingen

Voor een aantal van de genoemde problemen zijn oplossingsrichtingen te bedenken. Die oplossingen betreffen zowel het terrein van de arts als dat van de jurist. Allereerst zijn oplossingen te vinden in de hoek van rechtsvorming. Voor de afbakeningsproblematiek is *'Typizität'* als mogelijke oplossingsrichting aangereikt, waarbij de rechter in geval van vervolging, ondanks de bezeugenverklaring van het gepleegde feit, kan bepalen dat het niet gaat om een handelwijze waarvoor de wet bedoeld is. Cassatie in het belang der wet kan een oplossing bieden voor het door artsen mogelijk ervaren van dreiging door een actiever wordend OM, maar daarnaast ook voor het gebrek aan rechtsvorming door middel van rechtspraak. Tegelijkertijd wordt met cassatie in het belang der wet de status van de uitspraken van de Rte's bevestigd door de Hoge Raad. Een derde mogelijke oplossingsrichting in de hoek van rechtsvorming is het formuleren van een aparte, specifieke strafbaarstelling van het overtreden van de zorgvuldigheidscriteria, zodat de arts niet direct vervolgd wordt voor een levensdelict. Na twintig jaar Wtl kunnen we op bepaalde vlakken de richting van een 'strafrecht met mate' inslaan.

In dit kader kan wellicht gedacht worden aan nadere differentiatie. Enerzijds op het gebied van de 'niet-vragen-oproepende' meldingen, waarbij onderzocht kan worden of deze 'standaard'gevallen inmiddels niet onder het strafrecht uit kunnen. Maar ook de ingewikkelde categorieën binnen de Wtl kunnen baat hebben bij nadere differentiatie van de zorgvuldigheidseisen, zoals reeds gebeurde bij levensbeëindiging bij psychisch lijden. Een volgende stap is te onderzoeken of intussen meer categorieën toe zijn aan nadere differentiatie, zonder dat de gehele Wtl daarbij direct op de schop gaat.

Vanuit medische hoek zijn betere scholing en voorlichting over de verschillende concepten en typen van medisch handelen rond het levenseinde nodig. Het functioneren van het strafrechtelijk controlemechanisme, meer specifiek de meldplicht, zal geoptimaliseerd worden door meer kennis bij artsen van de juridische kwalificaties binnen het bestaande systeem. De kwalifica-

tieonduidelijkheid wordt door betere scholing en voorlichting voor een deel opgelost en er kan meer bekendheid en draagvlak gecreëerd worden voor mogelijkheden van palliatieve zorg, onder andere voor kinderen.

Slotbeschouwing

De besproken problematiek speelt zich veelal af op het grensgebied van twee gebieden van beroepsuitoefening. Die twee perspectieven – het perspectief van de arts en dat van de jurist – komen idealiter bij elkaar, maar dit onderzoek maakt duidelijk dat het medisch en juridisch perspectief nog niet voldoende op elkaar aansluiten. De arts dient zich te verhouden tot de juridische materie, en de jurist moet ervoor zorgen dat de wet kan worden toegepast binnen het handelingsperspectief van artsen.

In dit onderzoek is duidelijk geworden dat de Wtl op onderdelen niet, nog niet of niet meer vlekkeloos functioneert. Het is niet geheel ten onrechte dat in een drietal evaluaties gesproken wordt van een goed functionerende wet, maar inmiddels is wel duidelijk dat er toch ook zwakke plekken zitten in dat ‘goed functionerend’ geheel.

Voor een aantal probleempunten in de huidige wettelijke regeling zijn concrete oplossingsrichtingen te bedenken, voor andere punten ligt dat toch ingewikkelder. Het is niet uit te sluiten dat er ooit een nieuwe wet moet komen, maar voor nu is er geen consistent model te formuleren dat alle in dit onderzoek besproken probleempunten samenbrengt. Ook vanwege (rechts)onzekerheid in de praktijk en het risico op het opnieuw voeren van oude discussies is het onwenselijk in dit stadium en met deze stand van zaken tot wetswijziging over te gaan. Geconcludeerd kan daarom worden dat het wettelijk systeem omtrent euthanasie voorlopig kan worden gelaten voor wat het is. Dat betreft dan zowel het systeem waarin controle plaatsvindt via het strafrecht, als de nadere invulling daarvan in art. 293 lid 2 Sr, de Wlb en de nadere regeling in de Wtl.

De vraag was of de wettelijke regeling omtrent euthanasie naar behoren functioneert, dan wel of er onderliggend meer problemen spelen dan op het eerste gezicht lijkt. In dit onderzoek is aan het licht gebracht dat het bestaande positieve beeld over het functioneren van de Wtl op diverse onderdelen niet ge-

heel klopt. Daarvoor dienen de ogen niet te worden gesloten, niet in de laatste plaats omdat er met verdere verfijning en aanpassing van het systeem en rechtsvorming binnen het systeem al een heel eind tegemoet gekomen kan worden aan de gesignaleerde problemen. De Wtl mag nog even blijven, maar het is niet zo dat alle onderdelen daarvan onverkort een rustig bezit vormen.

Summary

Introduction

This research discusses the legal regulations regarding physician-assisted dying. Since the Dutch Euthanasia Act 2001 was implemented in 2002, three legal evaluations have taken place. The results of these evaluations were mostly positive. They imply that, despite a number of larger points of discussion, the law is still functioning properly. Nevertheless, these findings have raised the following questions: are there any underlying flaws and does the law indeed still function properly? And if not, are there solutions that can enhance its functionality? In this research, different aspects of the Dutch Euthanasia Act 2001 are being reconsidered to formulate a proper answer to these questions.

The Dutch Euthanasia Act 2001 after 20 years

The Act is a product of its time: it has been shaped by the (academic) debate from the 1970s and 80s, the development of the case law, medical-ethical developments, and the limited political space that was at that time available for a regulation (both its mere accomplishment and its content).

The legal decision about termination of life on request that marks the beginning of the social discussion that led to the establishment of the Act, dates from 1973. Subsequently, it took 30 years (until 2002) to formulate a regula-

tion for a 'standard case' by actually codifying the sub-rules that the Supreme Court had already laid out. The time-related aspect of the Act means that it has to be evaluated and revised on a regular basis.

Problems regarding the Dutch Euthanasia Act 2001

The current regulations of impunity concerning physician-assisted dying consist of three pillars: the Dutch Penal Code, the Dutch Burial and Cremation Act, and the Dutch Euthanasia Act 2001. Besides well-known issues regarding physician-assisted dying, other issues have emerged during this research. In summary, these are problems regarding its demarcation from intensive forms of symptom control, such as palliative sedation, problems regarding the criminal control mechanism, and problems regarding law enforcement and legal formation. The public prosecutor's office appears to be playing a more active role in the practice of physician-assisted dying and attention should be paid to its effect on medical treatment. At the same time, it seems desirable to be able to gain answers and provide guidance through case law because there still is a lack of jurisdiction regarding the Act. Problems concerning termination of life in children have also emerged: there is no regulation for children in the age category of 1-12 years, the regulation for children in the age category of 0-1 year has been shown to be inadequate, and the problems with regard to the demarcation from intensive forms of symptom control, such as palliative sedation, also play a role. Furthermore, this research points out the lack of clarity about the role of the case law of the European Court of Human Rights and the ways in which the Act might be affected by the acceptance of physician-assisted dying by a non-certified physician.

This research does not only point out the positive aspects of the Act, but also pays attention to the less well-known points of discussion.

Possible solutions

It is possible to provide solutions for some of the above-mentioned issues. These solutions can be found in the medical and the legal field. First, there are solutions within the legal formation. 'Typizität' can function as a possible

solution to the problem of demarcation, implying that, in the event of prosecution, despite the proven fact of the offense, the judge can determine that it does not concern an act for which the law is intended. Cassation in the interest of the law can play a prominent role for doctors when they experience pressure from the public prosecutor's office, and may also increase legal formation through jurisdiction. A third solution in the legal field is that of specific criminalization regarding the violation of the due care criteria. In this way, the doctor is not immediately prosecuted for a life crime. After 20 years of the Act, we may in certain areas take a path in which we execute a 'criminal law in moderation'.

In line with this, finally, after 20 years of the Act, further differentiation could be considered. This differentiation might be useful for the 'no questions asked' notifications, for which one could investigate whether these standard cases could by now be excluded from criminal law. The complicated categories within the Act can also benefit from differentiation of the due care criteria, as happened before in cases of physician-assisted dying due to psychological suffering. A next step would be to examine if more categories require further differentiation, without completely reforming the Act.

From a medical perspective, education and information regarding the different concepts and types of end of life acts are necessary. The functioning of the criminal control mechanism, and, more specifically, the reporting duty, will be optimized by increasing doctors' knowledge about the legal qualifications within the existing system. Improved education and information will partly solve the issue of 'unclear qualification' and can create more awareness and support regarding the options for palliative care, including palliative care in children.

Conclusion

The discussed problems generally occur at the interface between medical science and legislation. This research indicates that these two perspectives are still insufficiently attuned to one another. While the physician should relate to the legal matter, the lawyer should ensure that the law can be applied within the action perspective of doctors.

This research has shown that certain aspects of the Act have not yet been functioning properly or are no longer functioning properly. It is not entirely unjustified that three evaluations speak of a well-functioning law, but it has now become clear that the 'well-functioning' law also has some weak spots.

For some of the problems within the current law, specific solutions can be found, whereas for other problems this is more complicated. Currently it is impossible to create a law that comprehends solutions to all problems mentioned within this research. However, there is a possibility that this type of law will need to be formed in the future. Also because of (legal) uncertainty in practice and the risk of reconducting old discussions, for now it is undesirable to change the law. In conclusion, the legal system concerning physician-assisted dying can stay the same. This concerns both the system in which control takes place via criminal law and the further details thereof in art. 293 paragraph 2 of the Dutch Penal Code, the Dutch Burial and Cremation Act and the further regulations in the Dutch Euthanasia Act 2001.

This research has addressed the following questions: Does the Act have any underlying flaws? Or is the law still functioning properly? This research concludes that the existing positive attitude towards the functioning of the Act is not entirely correct. There is no need to close one's eyes to this, not least because further refinement and adjustment of the system and legal formation within the system can already solve an important part of the identified problems. The Act may remain for a while, but it is not the case that all parts of the Act seem to be stable.

Literatuurlijst

Alt-Epping, Sitte, Nauck, Radbruch 2010

Alt-Epping A, Sitte T, Nauck F, Radbruch L. Sedierung in der Palliativmedizin – Leitlinie für den Einsatz sedierender Massnahmen in der Palliativ-Versorgung. *Palliativmed* 2010;11:112-122

Bakker 2017

S.R. Bakker, 'Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?' AA 2017, afl. 3

Bakker 2017

S.R. Bakker, 'Uitzonderingen op de regel', *Strafblad* 2017, afl. 6

Beets 1989

H.M. Beets, *Aesculaap in de greep van Themis* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1989

Van den Berg 1969

J.H. van den Berg, *Medische macht en medische ethiek*, Nijkerk: Callenbach 1969

Bogert 2005

P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2005

Bongers 2008

L.M.H. Bongers, *Een beschermwaardig leven*, Tilburg: Celsus, 2008

Borgers 2011

M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen NJV), Deventer: Kluwer 2011

Borgers 2016

M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Buelens 2018

Geert Buelens, *De jaren zestig – een cultuurgeschiedenis*, Amsterdam: Ambo/Anthos 2018

Buijsen 2006

M.A.J.M. Buijsen, 'Impliciete keuzes en verholde waardeoordelen: het kabinetsvoorstel 'Actieve levensbeëindiging bij ernstig lijdende pasgeborenen'', *NJB* 2006/1253

Buiting, van der Heide, Onwuteaka-Philipsen e.a. 2010

Buiting HM, van der Heide A, Onwuteaka-Philipsen BD, et al. Physicians' labelling of end-of-life practices: a hypothetical case study. *J Med Ethics*. 2010;36(1):24-9

Chabot, Den Hartogh, Van Delden 2005

B.E. Chabot, G.A. den Hartogh & J.J.M. van Delden, 'Een eng begrip. Sobere definitie van palliatieve sedatie nodig', *Medisch Contact* 60, nr. 37, september 2005

Chabot 2017

Boudewijn Chabot, *De weg kwijt, de zorgelijke staat van de euthanasiewet*, Amsterdam: Nijgh & van Ditmar 2017

Chambaere e.a. 2014

Chambaere K, Bernheim JL, Downar J, et al. Characteristics of Belgian 'life-ending acts without explicit patient request': a large-scale death certificate survey revisited. *CMAJ open*. 2014;2(4):E262

Cohen-Almagor, Ely 2018

Cohen-Almagor R, Ely EW. Euthanasia and palliative sedation in Belgium. *BMJ Support Palliat Care*. 2018;8(3):307-13

Van Dam van Isselt 1902

E.W. van Dam van Isselt, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus* (diss. Utrecht), Utrecht: F. Wentzel & Co. 1902

Das, Duijst 2007

C. Das en W.L.J.M. Duijst, 'Veel lijkschouwers ondeskundig', *Medisch Contact* januari 2007, 62, nr. 4

Van Delden, Pijnenborg, Van der Maas 1993

van Delden JJ, Pijnenborg L, van der Maas PJ. The Remmelink study: two years later. *Hastings Cent Rep*. 1993;23(6):24-7

Dorscheidt 2016

J.H.H.M. Dorscheidt, 'Een nieuwe Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen. Goede inval of bedenkelijke manoeuvre?', *TvGR* 2016, 40 (6)

Drion 1992

H. Drion, *Het zelfgewilde einde van oude mensen*, Amsterdam: Balans 1992

Enschedé 1985

Ch. J. Enschedé, *De arts en de dood: Sterven en recht. Opstellen over toekomstig euthanasiebeleid*, Deventer: Kluwer 1985

Enschedé 1985

Ch.J. Enschedé, 'Over de meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels; enkele rechtstheoretische opmerkingen', gepubliceerd in Ch.J. Enschedé, *De arts en de dood, sterven en recht*, Deventer: Kluwer 1985

Enschedé 1986

Ch. J. Enschedé, 'De doodsbriefjes', *NTvG* (1986), 130, nr. 31

Enschedé 1986

Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2

Enschedé 1987

Ch. J. Enschedé 'De verklaring van overlijden', *RM Themis* (1987) nr. 3

Gavela 2011

K. Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Heidelberg: Springer 2011

Griffiths 2003

J. Griffiths, 'Euthanasie versus hulp bij zelfdoding', in: M. Adams, J. Griffiths, G. den Hartogh, *Euthanasie – Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, Kampen: Kok/Agora 2003

Griffiths 2007

J. Griffiths, 'Arts liegt niet over euthanasie', *Medisch Contact* 62/11, maart 2007

Griffiths, Weyers, Adams 2008

J. Griffiths, H. Weyers & M. Adams, *Euthanasia in Law in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2008

Groenhuijsen, van Laanen 2006

M.S. Groenhuijsen & F. van Laanen, 'Euthanasia in the Broader Framework of Dutch Penal Policies', in: M.S. Groenhuijsen & F. van Laanen (Hrsg.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Groenhuijsen, Jansen 2018

M.S. Groenhuijsen en R. Jansen, 'De toetsing van politiegeweld en het *nemo tenetur*-beginsel', *DD* 2018/22

Groot 2017

Ger Groot, *De geest uit de fles – Hoe de moderne mens werd wie hij is*, Rotterdam: Lemniscaat 2017

Den Hartogh 2003

G.A. den Hartogh, 'Meldingspercentage van euthanasie kan niet meer stijgen', *Medisch Contact* juni 2003

Den Hartogh 2006

G.A. den Hartogh, 'Palliatieve sedatie en euthanasie. Commentaar op een richtlijn', *TvGr* 2006

Den Hartogh 2013

Den Hartogh over de meldingsproblematiek ook in G.A. den Hartogh, 'De definitie van euthanasie in het onderzoek naar medische beslissingen bij het levenseinde', *NJB* 2013/656

Den Hartogh 2016

G.A. den Hartogh, 'Continuous deep sedation and homicide: an unsolved question in ethics and law', *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2016; 19

Den Hartogh 2017

G.A. den Hartogh, 'Stervenshulp holt zorgvuldigheidseisen uit', *Medisch Contact* 72, 16 februari 2017: 34-36

Van der Heide, Onwuteaka-Philipsen, Rurup e.a. 2007

Van der Heide A, Onwuteaka-Philipsen BD, Rurup ML, et al. End-of-life practices in the Netherlands under the Euthanasia Act. *N Engl J Med*. 2007;356(19):1957-65

Van der Heide 2014

A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam: oratiereeks Erasmus MC 2014

Van der Heide, Van Delden, Onwuteaka-Philipsen 2017

Van der Heide A, van Delden JJ, Onwuteaka-Philipsen BD. End-of-life decisions in the Netherlands over 25 years. *N Engl J Med*. 2017;377(5):492-4

de Herdt 2017

J. de Herdt, 'Het zestiende toegevoegd protocol bij het EVRM: een bijkomende garantie voor de mensenrechten in de strafprocedure?', *Nullum Crimen* 2017/4

Van der Horst 2013

Han van der Horst, *De mooiste jaren van Nederland 1950-2000*, Amsterdam: Bert Bakker 2013

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015

Josephus Jitta 1986

A.N.A. Josephus Jitta, 'Het rapport van de Staatscommissie Euthanasie. Vergelijking met het wetsvoorstel Wessel-Tuinstra', *NJB* 1986, afl. 2

Keizer, Swart 2005

A.A. Keizer & S.J. Swart, 'Palliatieve sedatie, het sympathieke alternatief voor euthanasie?', *NTvG* 2005 (149)

Kelk 1990

C. Kelk, 'Aan de grens van het bestaan. Beschouwingen over euthanasie', in: J.K.M. Gevers e.a. (red.), *Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens* (Liber Amicorum H.J.J. Leenen), Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990

Kelk 1997

C. Kelk, 'De praktijk van euthanasie: het einde van een rijpingsproces?', *NJB* 1997

Kelk 2013

C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013

Kelk 2015

C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', *AA* 2015/6

Kelk, de Jong 2016

C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016

Kennedy 2016

James Kennedy, *Nieuw Babylon in aanbouw – Nederland in de jaren '60*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2016

Keulen 2016

B.F. Keulen, 'Eenvoudig (schuld)witwassen', *DD* 2016/9

Knigge 1993

G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies*, Den Haag: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1993

Koper e.a. 2014

I. Koper et al., 'Consultation with specialist palliative care services in palliative sedation: considerations of Dutch physicians', *Support Care Cancer* (2014) 22

Kuitert 1995

H.M. Kuitert, 'Een moraal van het jaar nul? Ethiek-beoefening onderweg naar 2000', in *Zijn de dagen van God geteld? Godgeleerde bespiegelingen aan de rand van het millennium*, Utrecht: Ten Have 1995

Langer e.a. 2016

Langer S, Stengel I, Fleischer S, Stuttmann R, Berg A. Umgang mit Patienten-verfügungen in Deutschland. *Dtsch med Wochenschr* 2016;141:e73-79

Leenen 2014

H.J.J. Leenen, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: BJu 2014

Leenen, Dute, Gevers 2017

H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers e.a. (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017

Legemaate 2006

J. Legemaate, 'Symptombestrijding en palliatie versus levensbeëindiging: een terugblik op de zaak Vencken', *NTvG* 2006 (150)

Legemaate, Bolt 2013

J. Legemaate & I. Bolt, 'The Dutch Euthanasia Act: Recent Legal Developments', *European Journal of Health Law* 2013/20

Legemaate, Bolt 2013

J. Legemaate & L.L.E. Bolt, 'De afhandeling van onzorgvuldige euthanasiezaken door openbaar ministerie en IGJ voor de Gezondheidszorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013/1

Lestrada, Rijken 2014

S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, 'Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald', *DD* 2014/64

Lindemann, Mevis 2016

M. Lindemann & P.A.M. Mevis, Recent developments in the Legislation and Case-Law on Euthanasia and Assisted Suicide – A Comparative Analysis of the Situation in Germany and the Netherlands, in: J. Hruschka & J.C. Joerden (Eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik* (Annual Review of Law and Ethics) Band 24, Berlin: Duncker & Humblot 2016

Van der Maas e.a. 1990

Van der Maas e.a. Sterfgevallenonderzoek 1990, 1995, 2000, 2005, 2010, 2015, Den Haag: ZonMw

Van der Maas, Van Delden, Pijnenborg e.a. 1991

Van der Maas PJ, Van Delden JJ, Pijnenborg L, et al. Euthanasia and other medical decisions concerning the end of life. *Lancet*. 1991;338(8768):669-74

Van der Maas, Van der Wal, Haverkate e.a. 1996

Van der Maas PJ, Van Der Wal G, Haverkate I, et al. Euthanasia, physician-assisted suicide, and other medical practices involving the end of life in the Netherlands, 1990–1995. *N Engl J Med*. 1996;335(22):1699-705

Van der Maas, van der Wal, Haverkate e.a. 1996

van der Maas PJ, van der Wal G, Haverkate I, et al. Evaluation of the notification procedure for physician-assisted death in the Netherlands. *N Engl J Med*. 1996;335(22):1706-12

Machielse 1979

A.J. Machielse, 'Enige opmerkingen over het rechtsgoed', *DD* 1979

Mevis 2000

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsonwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Rotterdam: Gouda Quint 2000

Mevis 2011

P.A.M. Mevis, 'Verdiens het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?', *AA* 2011-7/8

Mevis 2014

P.A.M. Mevis, 'Naar aanleiding van Tuitjenhorn', *DD* 2014/8

Mevis 2016

P.A.M. Mevis, 'Over de randen van de euthanasiewetgeving', *DD* 2016/35

Mevis 2016

P.A.M. Mevis, 'Over begraven, kraken en euthanasie: rechtsvinding in maatschappelijk gevoelige zaken', in: G. Knigge (e.a.), *Gehoord de procureur-generaal* (Fokkens-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016

Mevis 2017

P.A.M. Mevis, 'Bespreking van: M.J. Borgers, Bij nader inzien, Deventer: Wolters Kluwer 2016', *DD* 2017/19

Müller-Busch, Klaschik, Woskanjan 2004

Müller-Busch C, Klaschik E, Woskanjan S. Eine Alternative zur aktiven Euthanasie. Eine Umfrage der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zu verschiedenen Formen der Sterbehilfe. *Dtsch Arztebl* 2004;101:A 1077-1078

Nan 2014

J.S. Nan, 'Ingeblikte wederrechtelijkheid bij mishandeling', *TPWS* 2014/10

Nieboer 1987

W. Nieboer, 'Verzuim', in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten en Th.W. van Veen, *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987

Noyon/Langemeijer/Remmelink 2017

Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 3 bij art. 229, bewerkt door Hofstee, suppl. 170 (februari 2017)

Onwuteaka-Philipsen e.a. 2007

Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2007

Onwuteaka-Philipsen, Van der Heide, Koper e.a. 2003

Onwuteaka-Philipsen BD, van der Heide A, Koper D, et al. Euthanasia and other end-of-life decisions in the Netherlands in 1990, 1995, and 2001. *Lancet*. 2003;362(9381):395-9

Onwuteaka-Philipsen e.a. 2012

Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2012

Onwuteaka-Philipsen, Brinkman-Stoppelenburg, Penning e.a. 2012

Onwuteaka-Philipsen BD, Brinkman-Stoppelenburg A, Penning C, et al. Trends in end-of-life practices before and after the enactment of the euthanasia law in the Netherlands from 1990 to 2010: a repeated cross-sectional survey. *Lancet*. 2012;380(9845):908-15

Onwuteaka-Philipsen e.a. 2017

Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017

Van Oorschot, Tietze, Nickel, Simon 2005

Van Oorschot B, Lipp V, Tietze A, Nickel N, Simon A. Einstellungen zur Sterbehilfe und zu Patientenverfügungen. *Dtsch med Wochenschr* 2005;130:261-265

Pans 2006

E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse Euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Pans 2017

E. Pans, '15 jaar euthanasiewet. De balans opgemaakt.', AA april 2017

Pelser 1995

C.M. Pelser, *De naam van het feit: over de kwalificatiebeslissing in strafzaken* (dissertatie Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995

Pijnenborg, Van der Maas, Looman e.a. 1993

Pijnenborg L, Van der Maas PJ, Looman C, et al. Life-terminating acts without explicit request of patient. *Lancet*. 1993;341(8854):1196-9

Ploem, Legemaate 2018

M.C. Ploem & J. Legemaate, Derde evaluatie Euthanasiewet en de afhandeling van ,onzorgvuldig zaken' door het OM In de toekomst meer opsporing?, *NJB* 2018/881

Rommelink 1996

J. Rommelink, Mr. D. Hazewinkel-Suringa's *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996

Remmelink 2003

J. Remmelink 'Verweren in 'euthanasie'-strafzaken', in Groenhuijsen, M. S., & Simmelink, J. B. H. M. (Eds.) (2003). *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP)

Rietjens, Heijltjes, Van Delden e.a. 2015

Rietjens JA, Heijltjes MT, van Delden JJ, et al. The rising frequency of continuous deep sedation in the Netherlands, a Repeated Cross-Sectional Survey in 2005, 2010, and 2015. *J Am Med Dir Assoc*. 2019;20(11):1367-72

Roxin, Schroth 2010

Roxin C, Schroth U. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Richard Boorberg Verlag, 2010

Schaffmeister, Heijder 1983

D. Schaffmeister & A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: E. André de la Porte, W.M.A. Bremmer, R.A.V. van Haersolte, J. Remmelink & S.A.M. Stolwijk (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983

Schnabel e.a. 2016

P. Schnabel e.a., *Voltooid leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten*, Den Haag: Adviescommissie Voltooid Leven 2016

Simons 1991

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht*, tweede deel, tweede druk, Noordhoff, Groningen 1991

Smidt 1892

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht (derde deel)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892

Strijards 1988

G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988

Sutorius 1986

E.Ph.R. Sutorius, 'Abortus en euthanasie: medisch handelen tussen het respect voor menselijk leven en de vrijheid tot zelfbeschikking', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986

Van Tol 2005

D. van Tol, *Grensgeschillen; een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. Groningen), Groningen: GrafiMedia 2005

Van de Vathorst c.s. 2013

S. van de Vathorst, c.s.: *Evaluatie Regeling centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie-2 geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen*, Reeks evaluatie regelgeving 36, Den Haag: ZonMw 2013

Van Veen 1986

Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986

Vermunt 1984

D.J.P.M. Vermunt, 'Nogmaals: de Veearts van stal', *DD* 1984/2

Vis 2017

T. Vis, 'Cassatie in het belang der wet tegen oordelen van de RTE's: wat lost het op?', in L. de Vito (red), *15 jaar euthanasiewet*, Amsterdam: NVVE 2017

Visser 2013

J. Visser, 'Palliatieve sedatie is geen confectie', *Medisch Contact* 10 december 2013

Wandrowski e.a. 2012

Wandrowski J, Schuster T, Strube W, Steger F. Medizinethische Kenntnisse und moralische Positionen von Ärztinnen und Ärzten aus Bayern. *Dtsch Arztebl* 2012;109:141-147

Weijers 2002

H.A.M. Weijers, *Euthanasie. Het proces van rechtsverandering* (dissertatie RUG), Groningen: 2002

de Wijkerslooth 2003

J.L. de Wijkerslooth, 'Twee lacunes in de euthanasieregeling', *Opportuun* 2003, nr. 10

Wöretshofer 1992

J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen* (dissertatie Rijksuniversiteit Limburg), Gouda Quint, Arnhem 1992

Zeeman 2019

A. Zeeman, *Dulden of meewerken? een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing* (diss. Rotterdam), Gompel&Svacina, 's-Hertogenbosch 2019

EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v, Verenigd Koninkrijk)

HR 1 maart 1915, *NJ* 1915/663

HR 1 maart 1915, *NJ* 1915/665

HR 27 juni 1932, *NJ* 1933/60

HR 20 februari 1933, *NJ* 1933/918 m.nt. Taverne

HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929, m.nt. Pompe (Hohner muziekinstrumentenarrest)

HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941/87, m.nt. Pompe (Gevangenisvoedsel-arrest)

HR 6 oktober 1949, *NJ* 1950/178

HR 11 mei 1976, *NJ* 1976/538, m.nt. Th.W. van Veen (JAC)

HR 27 november 1984, *NJ* 1985/106, m.nt. Th.W. van Veen

HR 15 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0098, *NJ* 1988, 811, m.nt. G.J.M. Corstens

HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, m.nt. Schalken (Chabot)

HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3796, *NJ* 2000, 216, m. nt. T.M. Schalken

HR 20 november 2001, *NJ* 2003/632, m.nt. R. de Lange & P.A.M. Mevis

HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387

HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Schalken (Brongersma)

HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1493, *NJ* 2005, 217, m.nt. Y. Buruma

HR 9 november 2009 *NJ* 2005/217. m.nt. Buruma

HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010/655, m.nt. N. Keijzer (witwassen)

HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, *NJ* 2011/466 m.nt. N. Keijzer

HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. N. Keijzer

HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, ECLI:NL:HR:2013:1431

HR 9 februari 2016, *NJ* 2016/257, ECLI:NL:HR:2016:213

HR 5 april 2016, *NJ* 2016/315 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen

HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67, m.nt. P.A.M. Mevis

HR 9 juli 2016, *NJ* 2016/257, m.nt. N. Rozemond

HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, *NJ* 2017/218 m.nt. P.A.M. Mevis

HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:167, *NbSr* 2017/76

HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:418

HR 4 april 2017, *NJ* 2017/290, m.nt. P.A.M. Mevis

HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644

HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:888

HR 13 juni 2017, *NJ* 2017/339 m.nt. P.A.M. Mevis

HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718

HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712

HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713

Hof Amsterdam 17 november 1983, *NJ* 1984, 43
 Hof 's-Gravenhage 10 juni 1985 en Hof Den Haag 11 september 1986, *NJ* 1987, 608
 (Schoonheim)
 Hof 's-Gravenhage 2 april 1987, ECLI:NL:GHSGR:1987:AB7973, *NJ* 1987/756
 Hof Leeuwarden 30 september 1993, *TvGR* 1993/62
 Hof Amsterdam, 7 november 1995, *NJ* 1996/113 (Prins)
 Hof Leeuwarden, 4 april 1996, *TvGR* 1996/35 (Kadijk)
 Hof Amsterdam 8 mei 2001, *ELRO* AB1474
 Hof Amsterdam 6 december 2001, *LJN* AD6753
 Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211 (Vencken)
 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2016
 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3444
 Hof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:299
 Hof 's-Hertogenbosch van 28 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5167
 Hof 's-Gravenhage 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382
 Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:345

Rb. Leeuwarden 21 februari 1973, ECLI:NL:RBLEE:1973:AB5464, *NJ* 1973, 83 (Postma)
 Rb. Alkmaar 10 mei 1983, *NJ* 1983, 407
 Rb. Breda 10 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, *NJ* 1988/714
 Rb. Assen 21 april 1993, *TvGR* 1993/42
 Rb. Haarlem 25 juli 2000, parketnummer 15/035127-99
 Rb. Haarlem 30 oktober 2000, parketnummer 15/035127-99
 Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394
 Rb. Gelderland 22 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3976
 Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243, *GJ* 2015/11 m.nt. T.M. Schalken
 Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:6139
 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506

CTG 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1358
 Regionaal Tuchtcollege Zwolle 10 maart 2005, *Medisch Contact* 2005; 60: p. 499-501
 Regionaal Tuchtcollege Zwolle 18 mei 2006, 106/2005 *GJ* 2006/112

Afkortingen

AA	Ars Aequi
A-G	Advocaat-Generaal
AMC	Academisch Medisch Centrum
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
art.	artikel
AVAS	Afwezigheid Van Alle Schuld
CDA	Christen-democratisch Appèl
College van PG's	College van procureurs-generaal
CTG	Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
DD	Delikt en Delinkwent
diss.	dissertatie
e.a.	en andere(n)
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FMG	Forensisch Medisch Genootschap
Gj	Gezondheidszorg jurisprudentie
HR	Hoge Raad
i.c.	in casu
IGJ	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd
i.h.b.	in het bijzonder
jo.	juncto
KNMG	Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
Kwz	Kwaliteitswet zorginstellingen
LZALP	Late Zwangerschapsafbreking en Levensbeëindiging bij Pasgeborenen

mbl	medische beslissing rond het levenseinde
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NFI	Nederlands Forensisch Instituut
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
NTvG	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
NVK	Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde
nvo	‘niet vragen oproepende’
NVVE	Nederlandse Vereniging voor een Vrijwillig levenseinde
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
o.a.	onder andere
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
par.	paragraaf
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
Rte	Regionale toetsingscommissies euthanasie
RvdR	Raad voor de Rechtspraak
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
UMCG	Universitair Medisch Centrum Groningen
vgl.	vergelijk
vo	‘vragen oproepende’
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
VWS	Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Wet BIG	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
WGBO	Wet op de Geneeskundige BehandelingsOvereenkomst
Wlb	Wet op de lijkbezorging
Wtl	Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding

Portfolio

Publicaties

van de Wetering V.E., Mevis P.A.M., van der Heide A.

De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie;
over de 'Typizität' van levensbeëindigend handelen

RMThemis 2019, afl. 6, p. 233-246

Brouwer M., van der Heide A., Hein I., Maeckelberghe E., Verhagen E.,
van de Wetering V.,

Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen (1-12)

Onderzoeksrapport in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport, 2019

Mevis P.A.M., Postma L., van de Wetering V.E.

Ärztliche Sterbebegleitung in den Niederlanden: kontrollierte Ausnahme
in Lutz Eidam & Michael Lindemann (Hrsg), 'Grundfragen und aktuelle
Herausforderungen der ärztlichen Sterbebegleitung'. *Schriften zum Me-
dizinstrafrecht*, Band 10, Baden-Baden, Nomos: 2019, p. 31-67

van de Wetering V.E., van der Heide A., Mevis P.A.M.

De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect in het strafrechtelijk
controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding

DD 2018/64, p. 804-824

van de Wetering V.E., Eckhardt S.A., Bakker S.R.
De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij
de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag
DD 2018/13, afl. 2, p. 138-167

de Nooijer K., van de Wetering V.E., Geijteman E.C.T., Postma L.,
Rietjens J.A.C., van der Heide, A.
Schriftelijke euthanasieverklaringen van wilsonbekwame patiënten met
dementie
Ned Tijdschr Geneeskd. 2017;161:D988, p. 15-22

Bakker S.R., van de Wetering V.E.
Bedreigende rap en de kunstexceptie
PROCES, Tijdschrift voor strafrechtspleging, BJu, 2015 (94) 3, p. 175-187

Behaalde studiepunten

Zestig ECTS behaald door het tijdens het promotietraject volgen van de
master publiekrecht, track gezondheidsrecht aan de Universiteit van
Amsterdam.

Internationale samenwerking

Project: 'Medische beslissingen rond het levenseinde en symptoombestrij-
ding bij ongeneeslijk zieke kinderen' in samenwerking met Charité Uni-
versitätsmedizin Berlin, Berlijn, Duitsland

Bezochte congressen

2nd International Conference on End of Life Law, Ethics, Policy, and Practice
Halifax, Nova Scotia, Canada, 13-15 september 2017

Wereldconferentie Euthanasie 2016
Amsterdam, Nederland, 11-14 mei 2016

Verworven beurzen

Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW)
Ter Meulen Beurs

2017

Stichting Erasmus Trustfonds

2017

Diversen

Sociale commissie MGZ 2016/17

Erasmus MC, afdeling Maatschappelijke Gezondheidszorg

Curriculum Vitae

Veerle Elisabeth van de Wetering behaalde haar VWO diploma aan het Sint-Laurenscollege in Rotterdam. Hierna studeerde zij Nederlands recht, variant strafrecht (2015) aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Gedurende haar studie werkte zij onder meer als student-assistent op de strafrechtssectie van de Erasmus School of Law en als stagiaire bij Defence for Children, afdeling Kinderrechten en Migratie. In het studiejaar 2013/14 was zij uitwisselingsstudent op de Universität Wien in Wenen. Na de master strafrecht in 2015 afgerond te hebben, was zij als promovendus verbonden aan de afdeling Maatschappelijke Gezondheidszorg van het Erasmus MC. Tijdens haar promotietraject volgde zij de master publiekrecht, track gezondheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam (afgerond in 2017). Als gastonderzoeker heeft zij daarnaast tijdens haar promotietraject een aantal maanden rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar levenseindebeslissingen bij kinderen bij de afdeling kindergeneeskunde van Charité Universitätsmedizin Berlin in Berlijn. Per 1 oktober 2020 is zij werkzaam als wetenschappelijk medewerker bij de Hoge Raad der Nederlanden.

Woord van dank

Liefste Gijs, we spraken zo min mogelijk over euthanasie; er waren vrolijkere onderwerpen te bespreken, en dat blies lucht in de onderdompeling van de zware en ernstige materie van mijn proefschrift. Je zocht me in drie maanden zes keer op in Berlijn, toen ik daar vergelijkend onderzoek deed, 31 landen zagen wij tijdens het schrijven van mijn proefschrift, op vijf continenten. Voor altijd samen, amen! Dat blijkt na dit jaar nog eens te meer. Bedankt dat jij mijn liefde bent!

De laatste wijzigingen aan mijn proefschrift voerde ik door met jou op schoot, Flip. Je bent het beste dat me ooit is overkomen. Ik hou onuitsprekelijk veel van jou!

Mijn promotor, prof.mr. P.A.M. Mevis – door sommigen gemakkelijker Paul en ‘du’ genoemd dan door mij – onnadrukkelijke maar o zo precieze begeleider, en door zijn scherpe geest een inspirerend voorbeeld. Maar tegelijk: warm, zachtaardig, menselijk. We delen de liefde voor het Duitse taalgebied. U verstond het als geen ander dwarsverbanden te leggen tussen de verschillende terreinen van problematiek, en mij aan te sporen daar vervolgens zelf mee aan de slag te gaan. Hopelijk wist u waar u aan begon toen u mij als student-assistent aannam als PhD. Ik ben u grote dank verschuldigd voor het in mij gestelde vertrouwen door de jaren heen.

Mijn andere promotor, prof.dr. A. van der Heide introduceerde mij in de mij nog onbekende medische wereld en dwong me tot een zo helder mogelijke verwoording van de tekst. Haar ruimdenkende persoon – niks was te gek – bood ongedachte vergezichten. De zeer persoonlijke, aimabele

en geduldige begeleiding die ik van haar mocht ontvangen hebben me verschillende keren over een dood punt heen geholpen. Altijd kon ik bij haar terecht en bood zij op meelevende en creatieve wijze de ruimte die ik nodig had om door te gaan. Heel veel dank, Agnes!

Veel dank daarnaast aan prof.dr. A.A.E. Verhagen, prof.mr. P.A.M. Verrest en prof.dr. C. van Zuylen voor de zorgvuldige beoordeling van het manuscript.

Ik heb het geluk omringd te worden door familie en vrienden die er ieder op eigen wijze voor me willen zijn, die begrepen dat het werken aan een proefschrift bij tijden 'eenzame opsluiting', maar ook juist zeer gewenste afleiding vereist. Allen verdienen dank voor hun liefde, trouw en belangstelling in gelijke mate, maar sommigen zijn in dit kader net iets meer gelijk dan anderen. Zo is daar mijn maat Dino, mr. Bektesevic: zonder jou als paranimf was ik niet gaan verdedigen, en dat wisten we al voordat ik begon aan het traject. Ik heb veel bewondering voor je juridische kennis en kunde, maar vooral ook voor jou als persoon.

Vief, jouw warme betrokkenheid, opgewektheid en ruimhartigheid kennen geen grenzen! Betere ingrediënten in de uren voor en van de verdediging kan ik me niet wensen. Bedankt dat jij mijn andere paranimf wilt zijn.

Bibi, zo lang al zijn we vriendinnen, op zo'n kort leven. Zonder jou was de levensweg een stuk minder uitbundig geweest. Op naar nog veel meer (buren)avonturen.

Jij was al die jaren mijn wachtwoord op het werk, Ollie, tekenend voor jouw onmisbaarheid in mijn leven. Wij worden als we samen zijn één!

Kiek, jouw oprechte interesse in mijn publicaties, ondanks onze uiteenlopende vakgebieden, heb ik enorm gewaardeerd.

Waar jij gaat, ga ik, Janie. Flip kan zich geen betere peetouders wensen dan jullie!

En natuurlijk ook veel dank aan mijn collega's van REI, de MBL, MGZ en sectie strafrecht. De samenwerkingen met het UMCG en met Charité Universitätsmedizin Berlin waren voor mij een leerzame en waardevolle toevoeging aan het traject.

Anouk, aan jou in het bijzonder een woord van dank. Wij gingen pas later samenwerken, maar met jouw pragmatische aanpak en vermogen om overzicht te houden heb je mij veel geholpen. Dat je daarnaast ook nog

eens zo'n fijne collega bent, bleek des te meer tijdens onze tripjes naar Duitsland.

Minou, jouw goede vragen en zachtaardige, maar noodzakelijke spiegeling in onze gesprekken helpen mij steeds verder.

Tijn, ik ben je zeer dankbaar dat jij 'op het scherp van de snede' de redactionele werkzaamheden op je wilde nemen.

Marc, dat de vormgeving en het drukwerk van mijn proefschrift bij jou in heel goede handen zijn, dat is een kopzorg minder. Dank daarvoor!

Lieve papa, jij en mama leerden mij: als je in de liefde gelooft, geloof je genoeg. Zonder jou had ik dit boek niet kunnen voltooien. Dankjewel voor wie je voor mij bent.

Rest mij de verwondering en dankbaarheid uit te spreken om te mogen leven in een democratische rechtsstaat. Deze rechtsstaat. Altijd voor verbetering vatbaar, maar ook een 'geschenk', ja 'a candle in the wind' - door velen bevochten, door veel bedreigd. En zo wil ik aan het einde van mijn proefschrift aansluiten bij het persoonlijk verwoordde begin.

COLOFON

© Veerle E. van de Wetering 2020

Omslagbeeld: Ferdinand Hodler, *The Lake Geneva from Chexbres*

ISBN 978 90 82888 33 1

Vormgeving en productie: SuvaalOntwerp